

**Spannungen bei der Anwendung
italienischen Familienrechts durch
deutsche Gerichte**

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Erik Jayme

aus Darmstadt



1961

1960

VERLAG ERNST UND WERNER GIESEKING BIELEFELD



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Spannungen bei der Anwendung italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Erik Jayme

aus Darmstadt



1961

VERLAG ERNST UND WERNER GIESEKING BIELEFELD



Alle Rechte bei

Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld

Druck: Ernst Giesecking, Bielefeld

Referent: Prof. Dr. Murad Ferid

Korreferent: Prof. Dr. Eugen Ulmer

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1960

Die Dissertation ist im gleichen Verlag als Buch erschienen

Vorwort

Meine Beschäftigung mit dem italienischen Privatrecht begann in den Seminaren von Herrn Professor Dr. Murad Ferid in München. Hier habe ich auch die Methode kennen und schätzen gelernt, die, von der Rechtsvergleichung ausgehend, die Probleme des IPR zu lösen sucht.

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt bei den Sachnormen, wenn auch den in Deutschland von der Praxis wenig beachteten Haager Abkommen zum Internationalen Privatrecht besondere Aufmerksamkeit gewidmet wurde. Die herrschenden Meinungen im deutschen IPR, wie sie sich auch insbesondere in der Rechtsprechung herausgebildet haben, wurden akzeptiert, und auf dieser Basis das italienische materielle Recht angewandt. Bei der Lösung der durch die Disharmonie der beiden Rechtsordnungen entstehenden Konflikte wurde zunächst versucht, aus den Sachnormen heraus eine Lösung zu finden und erst dann mit allgemeinen Prinzipien, wie der Vorbehaltsklausel, abzuhelpfen.

Zum Titel der Arbeit ist ergänzend zu bemerken, daß über das Familienrecht hinaus im Zusammenhang mit praktischen Fragen einigen erbrechtlichen Erörterungen Raum gegeben wurde; auf der anderen Seite ist auf die Vormundschaft nicht näher eingegangen worden, da eine im Oktober 1956 von der Haager Konferenz eingesetzte Spezialkommission (vgl. *Petersen*, „Die 8. Haager Konferenz“, *RabelsZ.* 1959, S. 1 ff, S. 50, und neuestens *De Nova*, „La IX. Conferenza dell' Aja“, *Diritto Internazionale* 1960 I S. 305 ff, S. 309–311) das zwischen Deutschland und Italien geltende Haager Vormundschaftsabkommen aus dem Jahre 1902 unter Berücksichtigung jedes neuen Gesichtspunktes z. Z. überprüft und eine „Generalüberholung“ (*Petersen*) vornimmt, deren in nächster Zeit zu erwartenden Ergebnisse eine Neuordnung und Klärung des internationalen Vormundschaftsrechts bringen werden.

Meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. Murad Ferid, bin ich besonderen Dank schuldig dafür, daß er mir dieses lohnende Thema stellte und mich jederzeit mit Rat und Tat unterstützte. Den engen Beziehungen, die zwischen dem Institut für Rechtsvergleichung der Universität München und der „Cattedra di diritto internazionale“ der Universität Pavia bestehen, verdanke ich es auch, daß ich italienisches Schrifttum in reichem Maße zu Rate ziehen konnte.

Geschrieben wurde die Arbeit während eines achtmonatigen Studienaufenthaltes 1958/59 an der Universität Pavia, der durch ein von dem Deutschen Akademischen Austauschdienstes vermitteltes Stipendium des italienischen Außenministeriums ermöglicht wurde. Für dieses Stipendium sei an dieser Stelle nochmals besonders gedankt.

In der alten Langobardenhauptstadt am Ticino habe ich gute Aufnahme gefunden. Herr Professor Rodolfo De Nova hat mir in großzügigster Weise geholfen und mich in vielen Gesprächen in die Eigenheiten des italienischen Rechtsdenkens eingeführt. Die von ihm mit viel Umsicht aufgebaute, reiche Spezialbibliothek seines Instituts, in der allein über 200 Zeitschriften des internationalen Rechts gehalten werden, hat mir die Bearbeitung meines Themas erleichtert. Herrn Professor De Nova sei hier auf das herzlichste gedankt.

In Italien hat man im Schrifttum immer wieder den Blick nach Norden gerichtet und mit einer weltoffenen Selbstverständlichkeit deutsche Quellen verwandt oder zitiert, während bei uns bedeutende italienische Werke, von einzelnen Rechtsgebieten, wie z. B. dem römischen Recht, abgesehen, weniger bekannt geblieben sind. Möge diese Arbeit einen kleinen Beitrag dazu leisten, der italienischen Rechtsliteratur auf diesem Spezialgebiet gerecht zu werden.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	15

Erstes Kapitel: Das Verlöbnis

I Wann läßt deutsches IPR italienisches Recht zur Anwendung kommen?	17
1. Primäre Anknüpfung	17
2. Sekundäre Anknüpfung	17
3. Sonderanknüpfung von Teilfragen	19
II Spannungen bei der Anwendung italienischen materiellen Verlöbnisrechts	19
1. Einleitung	19
2. Der Anspruch auf Ersatz der Spesen nach art. 81 C. c.	19
3. Die Rückgabe der Geschenke	21
4. Der Deflorationsanspruch	21
5) Ansprüche Dritter	22
6. Verjährung	23

Zweites Kapitel: Die Eheschließung

I Das Haager Eheschließungsabkommen	24
1. Einleitung	24
2. Charakter der Normen des Haager Eheschließungsabkommens	24
3. Der Grundsatz des art. 1	25
a) Probleme der Auslegung des art. 1	25
b) Der „Renvoi“ des art. 1	25
II Die Anwendung materiellen italienischen Rechts	25
1. Einleitung	25
2. Die Ehefähigkeit	26
a) Das Mindestalter	26
b) Die Geschäftsfähigkeit	27
3. Willensmängel	27
a) Hauptunterschiede der beiden Rechtsordnungen	27
aa) Irrtum	27
bb) Die widerrechtliche Drohung	28
b) Ergebnisse	28

4. Impotenz	28
5. Eheverbote	28
a) Bigamie	28
b) Eheverbote der Verwandtschaft im weiteren und engeren Sinne	29
aa) Einleitung	29
bb) Das italienische Recht als das strengere Recht	29
cc) Das deutsche Recht als das strengere Recht	29
dd) Befreiung von Eheverboten der Verwandtschaft	30
c) Ehebruch	30
d) Wartezeit	30
e) Delikt	30
III Probleme der Form der Eheschließung	31
1. Der Grundsatz des art. 5 Haager Eheschließungsabkommen	31
2. Die Ausnahmen des art. 5 II und III	31
3. Die Konkordatshe	31
a) Eheschließung vor einem Priester in Deutschland	31
b) Die in Italien geschlossene Konkordatshe Deutscher und ihre Behandlung in Deutschland	32
4. Probleme der Handschuhehe	33
a) Einleitung	33
b) Materielles italienisches Recht	33
c) Die Gültigkeit der vor dem italienischen Standesbeamten geschlossenen Handschuhehe in Deutschland	34
d) Das Urteil des BGH vom 19. 12. 1958	36
IV Der Eingriff des deutschen ordre public	37
1. Das Haager Eheschließungsabkommen und der deutsche ordre public	37
2. Die spezielle Erlaubnis zum Eingriff deutscher Normen	37
a) Prohibitiver Eingriff deutscher Normen	37
b) Permissiver Eingriff deutscher Normen	37
V Die fehlerhafte Ehe	38
1. Die Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte	38
2. Die Grundsätze für die Behandlung der fehlerhaften Ehe	39
a) Die gemeinsamen Sachnormen des Haager Eheschließungsabkommens	39
b) Die Grundsätze des deutschen IPR	39
3. Das italienische materielle Recht	40
4. Die praktischen Folgen bei der Anwendung des Grundsatzes des „ärgeren Rechts“	41
a) „matrimonio putativo“	41
b) Die ohne Genehmigung der gesetzlichen Vertreter geschlossene Ehe	42
c) Willensmängel	42

5. Probleme der Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe und das Gestaltungsrecht zur Vernichtung der Ehe	43
a) Privatpersonen	43
b) Anfechtungsrechte von staatlichen Beamten im Dienste des öffentlichen Interesses	44
6. Die in Deutschland geschlossene Ehe eines in Deutschland geschiedenen Italieners	44
7. Die Wirkung der Nichtigkeit der Ehe für die gemeinsamen Kinder	45
a) Bigamie	45
b) Andere Ehehindernisse	46
c) Vor der Eheschließung geborene Kinder	46
d) Die außerhalb der angefochtenen Ehe geborenen Kinder	46

Drittes Kapitel: Die Ehwirkungen

I Der Einfluß der Eheschließung auf die Staatsangehörigkeit	48
1. Alter Rechtszustand	48
2. Neuer Rechtszustand	48
II Das Haager Ehwirkungsabkommen und seine Geltung	49
1. Einleitung	49
2. Die Gestaltung des Abkommens in persönlicher und sachlicher Hinsicht	50
a) Persönliche Rechtsbeziehungen der Ehegatten	50
b) Güterrechtliche Beziehungen	50
aa) Gesetzliche Güterstände	50
bb) Vertragliche Güterstände	50
III Der der Regelung des EGBGB verbleibende Bereich	51
1. Die persönlichen Beziehungen der Ehegatten mit verschiedener (deutscher und italienischer) Staatsangehörigkeit	51
2. Eheverträge während der Ehe und die Abänderung der Eheverträge von Eheleuten verschiedener (d. h. italienischer und deutscher) Staats- angehörigkeit	51
3. Die vom Haager Abkommen überhaupt nicht geregelten Materien .	51
a) Ausdrückliche Ausnahmen	51
b) Stillschweigende Ausnahmen	52
IV Allgemeine Fragen zur Anwendung des Haager Ehwirkungsabkommens	53
1. Das Haager Ehwirkungsabkommen und der Renvoi	53
2. Das Haager Ehwirkungsabkommen und der ordre public	53
3. Das Haager Ehwirkungsabkommen und die Qualifikation	53
V Probleme bei der Qualifikation einzelner italienischer Rechtsinstitute	55

1. Die Unterhaltspflicht	55
2. Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten (art. 781 C. c.)	56
3. Die Trennung von Tisch und Bett	56
4. Die Legalhypothek der Ehefrau	56
VI Rechtsvergleichung im Dienste des Art. 16 II EGBGB	56
1. Die Schlüsselgewalt	57
a) Voraussetzungen	57
b) Umfang	57
c) Inhalt	58
d) Wirkung der Beschränkung bzw. Beendigung gegenüber Dritten	58
2. Die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB	60
3. Die Gewerbefrau	60
VII Die Bedeutung des Art. 15 II Satz 2 EGBGB im Verhältnis Deutschland – Italien	61
1. Einleitung	61
2. Materielles italienisches Recht	61
a) Das Abschließen und Abändern von Verträgen	61
b) Inhalt der Eheverträge	62
3. Die praktischen Folgen	62
a) Beide Ehegatten sind Italiener	62
b) Italienischer Ehemann	63
VIII Einzelprobleme bei der Anwendung italienischen materiellen Rechts	63
1. Die Herstellungsklage	63
2. Die Legalhypothek der Ehefrau	66
a) Materielles italienisches Recht	66
b) Internationales Privatrecht	66
3. Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten	67
a) Italienisches materielles Recht	67
b) Internationales Privatrecht	68
Viertes Kapitel: Scheidung und separazione personale	
1. Teil: Die Scheidung	69
I Die Haager Scheidungskonvention	69
II Die Grundsätze des Art. 17 EGBGB	69
III Die Scheidung von Italienern in Deutschland	69
1. Das materielle italienische Recht	69
2. Praktische Ergebnisse	70

3. Probleme der Zuständigkeit deutscher Gerichte und die Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in Italien	70
a) Einleitung: Scheidung Deutscher in Italien	70
b) Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte	71
c) Die Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in Italien	71
aa) Einleitung	71
bb) Das Delibationsverfahren	72
cc) Ergebnisse	74
2. Teil: Die separazione personale	76
I Einleitung	76
II Das italienische materielle Recht	77
1. Die Trennung durch Urteil mit Schuldausspruch	77
2. Die einverständliche Trennung	78
3. Die separazione temporanea	78
4. Die separazione di fatto	78
III Die separazione per colpa in Deutschland	79
1. Ausspruch der Trennung durch deutsche Gerichte?	79
2. Die Anerkennung italienischer Trennungsurteile in Deutschland	81
a) Das italienische Trennungsurteil betrifft italienische Staatsangehörige	81
b) Das Trennungsurteil betrifft deutsche Staatsangehörige	82
c) Das italienische Trennungsurteil betrifft Angehörige dritter Staaten	82
IV Die separazione consensuale omologata in Deutschland	82
V Praktische Probleme, verursacht durch die Unzuständigkeit deutscher Gerichte für die separazione	84
1. Einleitung	84
2. Herstellungsanspruch	84
3. Der Anspruch des Vaters auf Herausgabe der Kinder	85
4. Unterhaltspflicht	87
 Fünftes Kapitel: Die eheliche Kindschaft	
I Die Abstammung	88
1. Die Anwendung italienischen Rechts nach deutschem IPR	88
2. Die Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Abstammungsfragen. Subsidiäre Gerichtsstände	88
3. Das Anfechtungsrecht des deutschen Staatsanwaltes	89
4. Das italienische materielle Recht	90
a) Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit	90
b) Anfechtung der Ehelichkeit	91

5. Probleme, wenn auf Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit italienisches, auf die Anfechtung der Ehelichkeit deutsches Recht zur Anwendung kommt	91
a) Das Anfechtungsrecht des italienischen Vaters nach Art. 18 II EGBGB	92
b) Weitere Konsequenzen der Anwendung des Art. 18 II EGBGB . .	93
II Die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern	93
1. Die Anwendung italienischen Rechts auf Grund des deutschen IPR	93
a) Art. 19 Satz 1 EGBGB	93
b) Art 19 Satz 2 EGBGB	94
c) Renvoi	94
2. Probleme der Anwendung materiellen Rechts	94
a) Die vaterrechtliche Ausbildung der elterlichen Gewalt im italienischen Recht und der deutsche ordre public	94
b) Der usufrutto legale des Vaters	95
 Sechstes Kapitel: Uneheliche Kindschaft	
I Die Anknüpfung nach deutschem IPR	97
II Die drei Grundfälle; Probleme des Renvoi	97
1. Beide Eltern besitzen die italienische Staatsangehörigkeit	97
2. Italienische Mutter, deutscher Vater	98
a) Beziehung zur Mutter	98
b) Die Unterhaltspflicht des deutschen Vaters	98
aa) Bei feststehender Vaterschaft	98
bb) Voraussetzungen der Unterhaltspflicht	99
3. Vater Italiener, Mutter Deutsche	102
III Probleme der Anwendung materiellen Rechts	103
1. Einleitung	103
2. Die Beziehungen des Kindes zur Mutter, das Mutterschaftsanerkennnis im besonderen	105
a) Die Anknüpfung	105
b) Materielles Recht	105
c) Ordre public und § 29a PStG	106
d) Probleme des Statutenwechsels	109
aa) Die italienische Mutter wird Deutsche	109
bb) Deutsche Mutter erwirbt die italienische Staatsangehörigkeit	109
e) Das Mutterschaftsanerkennnis im Erbrecht	110
aa) Probleme, wenn Erbstatut italienisches, Kindschaftsstatut deutsches Recht ist	110
bb) Legitimation	111
cc) adulterini und incestuosi	111

3. Die Beziehungen des unehelichen Kindes zum Vater	111
a) Die Unterhaltspflicht	111
aa) Anerkannte Kinder	112
bb) Nicht anerkannte oder nicht anerkennungsfähige Kinder unter den Voraussetzungen des art. 279 C. c.	113
cc) Die nicht anerkennungsfähigen und nicht anerkannten Kinder, die nicht die Voraussetzungen des art. 279 C. c. erfüllen und der deutsche ordre public	114
b) Die Klage deutscher Kinder gegen italienische Väter auf Anerkennung mit „Standesfolge“	115
c) Probleme des Vaterschaftsanerkenntnisses bei Statutenwechsel des Vaters	115
aa) Italienischer Vater wird Deutscher	116
bb) Deutscher Vater wird Italiener	116
d) Praktische Probleme des Vaterschaftsanerkenntnisses im Erbrecht	118
4. Ansprüche der Mutter gegen den Vater	118
5. Probleme der Angleichung	118

Siebentes Kapitel:

Die Unterhaltspflicht zwischen Verschwägerten in gerader Linie und zwischen Geschwistern

I Das Internationale Privatrecht	120
II Das italienische materielle Recht	120
1. Verschwägte in gerader Linie	120
2. Geschwister	121
III Praktische Folgen	121
1. Die Unterhaltspflicht bei verschiedener (deutscher und italienischer) Staatsangehörigkeit der Beteiligten	121
2. Vorfragen	122
3. Ordre public	122

Achtes Kapitel: Die Legitimation

I Der Grundsatz des Art. 22 I EGBGB	123
II Die Vorfragen der Ehelichkeit und Unehelichkeit der wirksamen Ehe	123
III Die Legitimation durch nachfolgende Ehe, Probleme der Anerkennung	124
1. Mutter Deutsche, Vater Italiener	124
2. Mutter Italienerin, Vater Deutscher	126
3. Beide Eltern besitzen die italienische Staatsangehörigkeit	126

IV Die Ehelichkeitserklärung	126
V Das Legitimationsverbot des art. 281 C. c. und der deutsche ordre public	127
1. adulterini	127
2. incestuosi	129
VI Die wahrheitswidrige Anerkennung und die hierauf folgende Legitimation. Probleme des § 31 PStG	129
VII Die Einwilligung nach Art. 22 EGBGB	131

Neuntes Kapitel: Die Adoption

I Der Grundsatz des Art. 22 I EGBGB	133
II Materielles Recht	134
1. Einleitung	134
2. Das Adoptionsverbot des art. 293 C. c. und der deutsche ordre public	135
III Die notwendigen Einwilligungen nach Art. 22 II EGBGB und Art. 22 I EGBGB	136
1. Einleitung	136
2. Das materielle italienische Recht	136
3. Folgen	137
a) Ein Italiener adoptiert ein deutsches Kind	137
b) Ein Deutscher adoptiert ein italienisches Kind	137
IV Die Zweckmäßigkeitsprüfung nach italienischem Recht durch deutsche Gerichte	137
V Die Anerkennung deutscher Adoptionen in Italien	139

Zehntes Kapitel: Die Pflegekindschaft

I Das italienische materielle Recht	143
1. „affiliazione“ und „adozione“	144
2. Vormundschaft und „affiliazione“	144
3. Der Pflegekindschaftsstatus	145
II Die affiliazione im IPR	146
III Die Pflegekindschaft des italienischen Rechts in Deutschland . . .	148
1. Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte	148
2. Umstrittene Fragen des materiellen Rechts	148
a) Die affiliazione nicht anerkennungsfähiger Ehebruchskinder durch den Erzeuger	149
b) Die notwendigen Einwilligungen	150
Literaturverzeichnis	151

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Auffassung
a. a. O.	= am angegebenen Ort
AG	= Amtsgericht
a. gl. O.	= am gleichen Ort
art.	= articolo bzw. article
Appell.	= Appellationsgericht (Corte d'Appello)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BVerwG.	= Bundesverwaltungsgericht
Cass.	= Corte della Cassazione civile
C. c.	= Codice civile
C. c. abrog.	= Codice civile abrogato (1865)
C. d. pr. c.	= Codice della procedura civile
Clunet	= Journal de droit international
Cod. pen.	= Codice penale
disp. att.	= Disposizioni di attuazione (Ausführungsgesetz zum Codice civile)
disp. pr.	= Disposizioni preliminari (gebräuchliche Abkürzung der Disposizioni sulla legge in generale zum Codice civile)
EGBGB	= Einführungsgesetz zur Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG.	= Ehegesetz
FamRZ	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	= Reichsgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
Foro it.	= Foro italiano
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Giur. comp. di dir.	= Giurisprudenza comparata di diritto
intern. pr.	= internazionale privato
Giur. it.	= Giurisprudenza italiana
hL	= herrschende Lehre
hM	= herrschende Meinung
Intern. Familienr.	= Das Internationale Familienrecht Deutschlands und
Deutschl. u. Frankr.	Frankreichs, Tübingen 1955
IPR	= Internationales Privatrecht

IPR Rechtspr.	= Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts
JW	= Juristische Wochenschrift
JWG	= Jugendwohlfahrtsgesetz
KG	= Kammergericht
legge citt.	= Legge sulla cittadinanza italiana vom 13. 6. 1912
LG	= Landgericht
Mass.	= Massimario (Leitsatzkatalog)
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
NiemeyersZ	= Zeitschrift für internationales Recht (herausgegeben von Niemeyer)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
PStG.	= Personenstandsgesetz
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rep. gen.	= Repertorio generale
RG	= Reichsgericht
RGBL.	= Reichsgesetzblatt
Riv. di dir. intern.	= Rivista di diritto internazionale
Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.	= Rivista di diritto matrimoniale e dello stato delle persone
Riv. di dir. proc.	= Rivista di diritto processuale
Riv. trim. di dir. e proc. civ.	= Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RuStAG	= Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
Rvgl.	= Rechtsvergleichend
StAZ	= Das Standesamtswesen
Trib., trib.	= Tribunale
vgl.	= vergleiche
z. B.	= zum Beispiel
zit.	= zitiert
ZPO	= Zivilprozeßordnung

Erstes Kapitel

Das Verlöbnis

I Wann läßt deutsches IPR italienisches Recht zur Anwendung kommen?

1. Primäre Anknüpfung

Eine ausdrückliche Kollisionsnorm enthält das deutsche IPR nicht. Es würde zu weit führen, hier näher auf die einzelnen Lösungsversuche einzugehen. In der nun folgenden Untersuchung soll von der herrschenden Meinung, die auch durch das BGH-Urteil vom 21. 11. 1958 bekräftigt wurde, ausgegangen werden¹⁾.

Da das Verlöbnis im engsten Zusammenhang mit der Eheschließung steht, läßt es sich rechtfertigen, auf die Eingebung des Verlobnisses, Art. 13 EGBGB entsprechend anzuwenden²⁾. Somit kommt italienisches Recht zur Anwendung, wenn beide Teile die italienische Staatsangehörigkeit besitzen. Ist nur ein Verlobter Italiener, kommt für ihn italienisches Recht zur Anwendung. Es findet also eine „teilweise Koppelung“ statt. Dies gilt sowohl für das Verlöbnis selbst als auch für die Folgen des Rücktritts vom Verlöbnis³⁾.

2. Sekundäre Anknüpfung

Nach Art. 27 EGBGB, der den Art. 13 EGBGB ausdrücklich aufführt, ist eine Rückverweisung des italienischen Rechts auf deutsches Recht beachtlich. Ein Teil der italienischen Lehre⁴⁾ und Rechtsprechung qualifiziert das Ver-

¹⁾ Das Urteil des BGH vom 21. 11. 58, das auch ausführliche Literaturhinweise enthält, findet sich in NJW 1959 S. 529 ff (zur Kritik an dieser Entscheidung siehe Lüderitz NJW 1959 S. 1032); Kritik, soweit die Entscheidung auf dem ordre public beruht, siehe bei Dölle JZ 59, 489. Siehe zur herrschenden Meinung Lauterbach, „Die Eingehung der Ehe“, in „Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs“ Tübingen 1955 S. 22 ff. Die hM ist auch dargestellt bei Raape IPR a. a. O. S. 264; S. 266 befürwortet Raape selbst aber eine gewisse Auflockerung; vgl. auch Luther, „Ersatz immaterieller Schäden bei Verlöbnisbruch im Internationalen Privatrecht und in Auslandsrechten“, FamRZ 1959 S. 475 ff.

²⁾ Staudinger-Raape, a. a. O. S. 266 (J).

³⁾ BGH, Urteil vom 21. 11. 58, a. a. O. S. 529: „Auch die Ansprüche, die auf Grund der Auflösung der Verlobung geltend gemacht werden, bestimmen sich nach dem Heimatrecht des in Anspruch genommenen Teils.“ a. A. z. B. LG Hamburg vom 5. 11. 1954, NJW 1955, S. 549.

⁴⁾ Balladore-Pallieri, a. a. O. S. 166.

löbnis und die Ansprüche, die sich aus der Auflösung des Verlöbnisses ergeben, als nicht familienrechtliche Schuldverhältnisse⁵⁾). Die herrschende italienische Lehre sieht jedoch in dem Verlöbnis eine familienrechtliche Beziehung und wendet daher art. 17 disp. pr. an⁷⁾), und kommt so zu einer Anknüpfung an das Heimatrecht der Verlobten. Wenn beide Verlobte Italiener sind, findet also kein Renvoi auf deutsches Recht statt.

Bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Verlobten knüpft die herrschende italienische Lehre zu art. 17 disp. pr. an beide Rechtsordnungen an⁸⁾), wobei eine Rechtswirkung nur eintreten soll, wenn beide Rechtsordnungen sie bejahen⁹⁾).

Einen „teilweisen“ Renvoi kennen wir nicht. Wenn der fremde Staat außer den eigenen zusätzlich noch andere (unsere) Normen berücksichtigt wissen will, stellt das keinen Renvoi im Sinne des Art. 27 EGBGB dar. Es bleibt daher bei der Anwendung italienischen Rechts für den italienischen Verlobten.

5) Vgl. Trib. Sondrio vom 21. 2. 1953, in Foro it. 1954, I, S. 408, wo bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Verlobten „la legge del luogo in cui l'atto è concluso“ angewandt wird. Hieraus könnte sich ein Renvoi auf deutsches Recht ergeben.

6) Die innenprivatrechtliche Qualifikation der Ansprüche aus Verlöbnisbruch als „obbligazione ex lege“ (Jemolo, a. a. O. S. 66 unten und Anm. 5) läßt die Frage offen, ob man bei der international-privatrechtlichen Qualifikation art. 17 disp. pr. oder art. 25 II disp. pr. anwenden soll. Hierfür ist allein maßgebend, ob die Ansprüche familienrechtlicher Natur sind oder nicht.

7) So Morelli, a. a. O. S. 95; Monaco, a. a. O. S. 119; De Nova: „Gli sponsali in diritto internazionale privato“, in Foro it. 1955 IV S. 26 ff, wo sich auch eine umfassende Übersicht über die Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage auf internationalem Gebiet findet. Ein praktischer Grund für die Ablehnung der Anwendung des art. 25 II disp. pr. für die Ansprüche aus Verlöbnisbruch ist, daß man bei einem Verlöbnis vor dem Rücktritt dessen Folgen kennen müsse und diese nicht von einem beliebigen Ort des Verlöbnisbruches abhängig sein können (De Nova, a. a. O. S. 33).

8) De Nova, a. a. O. S. 35: „Ciò significa, che in caso di rottura del fidanzamento non potranno farsi valere pretese maggiori di quelle fissate dalla legge più restrittiva in materia.“ Monaco, a. a. O. S. 120 formuliert die Folge dieses Grundsatzes: Es sei anzuknüpfen an „la legge più favorevole all'obbligato“; so auch Miele, „Sulla legge applicabile alla rottura degli sponsali“, in Giur. comp. di dir. intern. pr. VIII (1942) S. 77.

9) Diese Lehre hat auch im deutschen Schrifttum Anklang gefunden. Siehe Lewald, a. a. O. S. 77; Soergel-Kegel, a. a. O. S. 127, sowie die kurze Anmerkung von Brück zu der Entscheidung des Kammergerichts vom 7. 2. 1938 in Giur. comp. di dir. intern. pr. VIII (1942) S. 76 sowie Lüderitz, a. a. O. S. 1032; hiergegen Lauterbach, a. a. O. S. 23 Anm. 5 sowie BGH, a. a. O. in den Gründen: „Es ist nicht gerechtfertigt, eine solche Kumulation beider Heimatrechte, die vielfach zu einer Reduzierung der Rechte des vom anderen im Stich gelassenen Verlobten führen muß, nur zu dem Zweck vorzunehmen, die Einheitlichkeit der sich aus der Verlobung ergebenden Rechtsfolgen für beide Verlobte sicherzustellen.“

3. Sonderanknüpfung von Teilfragen

Nach einer Entscheidung des KG vom 7. 2. 38¹⁰⁾ soll für die Form des Verlöbnisses Art. 11 EGBGB gelten, also, wenn ein Verlöbnis von Italienern in Deutschland geschlossen wurde, neben dem italienischen Recht (Art. 11 I Satz 1 EGBGB) nach dem Satz „*locus regit actum*“ (Art. 11 I Satz 2 EGBGB) hilfsweise deutsches Recht. Die von *Raape* bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften vorgeschlagene Analogie zu Art. 11 II¹¹⁾ führt zu dem gleichen Ergebnis, da die „*lex causae*“, hier italienisches Recht, in Art. 26 disp. pr. auch den Satz „*locus regit actum*“ aufgestellt hat, also der italienische Richter ein in Deutschland formfrei geschlossenes Verlöbnis anerkennen würde¹²⁾.

Haben die Verlobten verschiedene (deutsche und italienische) Staatsangehörigkeit, kommt für die Form nur das Ortsrecht zur Anwendung, da bei der „teilweisen Koppelung“ eine einheitliche „*lex causae*“ im Sinne des Art. 11 I Satz 1 EGBGB nicht vorhanden ist.

II Spannungen bei der Anwendung italienischen materiellen Verlöbnisrechts

1. Einleitung

Wie im deutschen Recht, so kann auch im italienischen Recht aus einem Verlöbnis nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden. Der Theorienstreit über das Wesen des Verlöbnisses wird auch in der italienischen Lehre ausgefochten, hat aber im wesentlichen keine praktische Bedeutung. Im Bereich des Internationalen Privatrechts tauchen Probleme insbesondere bei den Folgen des Rücktritts vom Verlöbnis auf, die im einzelnen behandelt werden sollen.

2. Der Anspruch auf Ersatz der Spesen nach art. 81 C. c.

Diese Vorschrift entspricht den deutschen §§ 1298/99 BGB. Für den Anspruch nach deutschem Recht ist Voraussetzung ein formfrei zustandegekommenes Verlöbnis; nach italienischem Recht müssen neben Volljährigkeit oder der Zustimmung der für die Ehe Zustimmungsberechtigten zum Verlöbnis noch folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- entweder a) eine öffentliche Urkunde
- oder b) eine privatschriftliche Urkunde
- oder c) das Aufgebot,

woraus sich das Verlöbnis ergibt.

¹⁰⁾ Diese Entscheidung findet sich in JW 1938 II S. 1715.

¹¹⁾ *Raape*, IPR, a. a. O. S. 207 und S. 222.

¹²⁾ Vgl. Entscheidung des Trib. Sondrio, a. a. O. (Schweizer Recht); über die Form-
erfordernisse des italienischen materiellen Verlöbnisrechts im einzelnen und
den sich hieraus ergebenden Problemen siehe unten S. 20 ff.

An die privatschriftliche Urkunde werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Es genügt ein Briefwechsel, aus dem sich ein wahres und aufrichtiges Heiratsversprechen ergibt¹³⁾. Ob diese Voraussetzungen Formvorschriften sind, die unter Art. 11 EGBGB fallen oder materielle Voraussetzungen, ist umstritten¹⁴⁾.

Die italienische Lehre qualifiziert sowohl den „atto pubblico“ als auch die „scrittura privata“ als Formvorschrift¹⁵⁾, anders das Aufgebot. In art. 81 C. c. kommt aber dem Aufgebot nicht die Bedeutung eines Publizitätsaktes zu, sondern es wird, wenn weder eine öffentliche noch eine privatschriftliche Urkunde vorhanden ist, das Aufgebot diesen beiden Formen gleichgestellt. Das Aufgebot weist hier nur auf den ernstlichen Willen der Verlobten hin, die Ehe einzugehen¹⁶⁾. Somit ist auch diese Voraussetzung als Formvorschrift zu qualifizieren¹⁷⁾.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, muß der deutsche Richter den italienischen Verlobten den Ersatzanspruch versagen, wenn das Verlöbnis in Italien geschlossen war¹⁸⁾. Ist nur einer der beiden Verlobten Italiener, so hat dieser die Pflichten, die ihm sein Heimatrecht auferlegt. Fehlen die Formvoraussetzungen des art. 81 C. c., kann der oder die deutsche Verlobte Ansprüche nur geltend machen, wenn das Verlöbnis in Deutschland, nicht wenn es in Italien geschlossen war. Die Formfreiheit des Verlobnisses zum deutschen *ordre public* zu erheben, besteht kein Anlaß, schon gar nicht, wenn beide Teile die italienische Staatsangehörigkeit besitzen.

Im Umfang geht der italienische Anspruch weiter. Er umfaßt nicht nur die Aufwendungen, die in Erwartung der Ehe gemacht wurden, sondern auch alle Ausgaben für das Verlöbnis. Das ergibt sich aus einer historischen Interpretation des art. 81 C. c., in dem von „spese fatte . . . a causa di quelle promesse“ die Rede ist. Im alten Codice von 1865 war dagegen von „spese fatte per causa del promesso matrimonio“ die Rede. Somit fallen unter den italienischen Anspruch z. B. nicht nur die Ausgaben für die Hochzeitsfeier, sondern auch diejenigen für die Verlobungsfeier¹⁹⁾.

¹³⁾ Siehe hierzu *Gangi* „Il matrimonio“, Milano 1945, S. 44; vgl. auch Cass. 31. 7. 1951, in *Temi Genovesi* 1951 S. 401 ff und die ausführliche Anmerkung von *Novara* „Ancora in tema di promessa di matrimonio“ a. gl. O.

¹⁴⁾ Siehe hierzu *Frankenstein* a. a. O. Bd. III, S. 41 mit Erwiderung von *De Nova*, a. a. O. S. 37/38 Anm. 20.

¹⁵⁾ *Balladore Pallieri*, a. a. O. S. 160.

¹⁶⁾ *De Nova*, a. a. O. S. 38: „Estrinsecazioni dell'umana volontà.“

¹⁷⁾ Zur Methode der Qualifikation siehe *Raape*, IPR, S. 215: Wir qualifizieren hier grundsätzlich nach unserem Recht, berücksichtigen aber die Auffassung des fremden Rechts mit, indem wir seine Entscheidung zu unserer machen.

¹⁸⁾ So auch *Martin Wolff*, a. a. O. S. 184.

¹⁹⁾ Siehe hierzu *Gangi*, a. a. O. 1953, S. 59 ff.

3. Rückgabe der Geschenke (art. 80 C. c.)

Die Voraussetzungen sind in beiden Rechtsordnungen die gleichen. Auch nach italienischem Recht genügt, im Unterschied zu dem Anspruch nach art. 81 C. c., ein formfrei zustande gekommenes Verlöbnis. Die Auslegungsvorschrift des § 1301 BGB ist im italienischen Recht zusätzliche Regel (art. 80 II, letzter Halbsatz). Die italienische Lehre gibt auch dem Verlobten, der den Rücktritt verschuldet hat, einen Anspruch aus art. 80 C. c.²⁰⁾, während bei uns der Rechtsgedanke von § 815 BGB der Rückforderung entgegensteht²¹⁾.

Die Vorschrift des art. 80 C. c. umfaßt nur Geschenke aus Anlaß der Verlobung, nicht solche, die im Hinblick auf eine Heirat gemacht wurden. Für letztere gilt art. 785 C. c.²²⁾.

4. Der Deflorationsanspruch

Der Anspruch der deutschen Braut gegen den italienischen Verlobten richtet sich nach italienischem Recht, denn der deutschen Frau haftet der ausländische Verlobte nur nach Maßgabe seines Heimatrechts. Die folgenden Erörterungen gelten auch für eine Klage einer italienischen Braut gegen ihren italienischen Verlobten. Eine Klage einer italienischen Verlobten gegen ihren deutschen Bräutigam wird nach deutschem Recht beurteilt.

Einen eigenen Deflorationsanspruch kennt das italienische Recht nicht. Praxis und Lehre geben aber der verführten Braut nach schuldhaftem Rücktritt des Verlobten ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung (art. 2043 C. c.). Die Voraussetzungen des art. 81 C. c. müssen, da es sich um eine unerlaubte Handlung handelt, nicht erfüllt sein²³⁾. Bestritten ist, ob der Anspruch bei einfacher „colpa“ zu geben ist oder ob der Mann „dolos“ handeln muß²⁴⁾. Das Verlöbnis muß noch vor der Verführung geschlossen worden sein. Verführung bedeutet „Beeinflussung des Willens einer nicht zum Verkehr bereiten Frau unter Berufung auf das Heiratsversprechen“^{24a)}. Nach art. 2043 C. c. kann die Braut auch noch weitere Ansprüche geltend

²⁰⁾ *Gangi*, a. a. O. 1945 S. 48: „Non soltanto quindi il promittente che non è in colpa per l'inadempimento, può chiedere la restituzione dei doni, ma anche quello che è in colpa.“

²¹⁾ *Beitzke*, Familienrecht, 7. Auflage, München und Berlin 1959 S. 18.

²²⁾ Über den Unterschied der beiden Bestimmungen siehe *Messineo*, Manuale di diritto civile e commerciale, Bd. 2, 1. Teil, Milano 1952, S. 38; sowie *Barassi*, „La famiglia legittima nel Nuovo Codice civile“, Milano 1941, S. 37 ff; *Jemolo*, a. a. O. S. 71 ff.

²³⁾ *Gangi*, a. a. O. 1945 S. 46; *Luther*, „Verlöbnis“ in Rvgl. Handwörterbuch (Schlegelberger) VII Berlin 1940, S. 210; vgl. *Salvi*, „Matrimonio“ (Rassegne di giurisprudenza) in Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1949, S. 701 ff.

²⁴⁾ Rechtsprechung siehe bei *Salvi*, a. a. O. S. 701/702; vgl. auch *Jemolo*, a. a. O. S. 71 Anm. 1.

^{24a)} *Luther*, „Ersatz immaterieller Schäden . . .“, a. a. O. S. 476 und Literatur a. gl. O. Anm. 11.

machen, die etwa dem französischen „dommage moral“ entsprechen²⁵⁾. Wie im deutschen Recht ist physische Unversehrtheit nicht Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs²⁶⁾.

Das italienische IPR knüpft für unerlaubte Handlungen an die „lex loci delicti commissi“ (art. 25 II disp. pr.) an. In den Fällen, in denen der deutsche Richter zu entscheiden hat, wird es sich meistens um Verführungen in Deutschland und damit um die Anwendbarkeit deutschen Rechts handeln. Wir haben bei der sekundären Anknüpfung die ausländische Qualifikation und den hieraus resultierenden Renvoi²⁷⁾ grundsätzlich zu beachten. Art. 25 II disp. pr. verweist aber nur auf das Recht der unerlaubten Handlungen, so daß also die §§ 825, 826 BGB zur Anwendung kämen, die die verlassene Braut nicht in dem Umfange schützen wie § 1300 BGB oder gar art. 2043 C. c. Somit kann der deutsche Richter, obwohl in beiden Rechtsordnungen sich ein Anspruch der Braut auf Ersatz des immateriellen Schadens findet, keine der Bestimmungen anwenden.

Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. *Raape* hat in der ähnlichen Problemstellung hinsichtlich des französischen Rechts einen Weg gewiesen²⁸⁾. Dann, wenn Deliktsvorschriften so allgemein gefaßt sind, daß sie in gewissen Fällen notwendigerweise im Dienste des Familienrechts stehen, wie der art. 2043 C. c., qualifizieren wir sie in diesem Ausnahmefall als familienrechtliche Vorschriften und wenden das Deliktsstatut nicht an. Es findet dann kein Renvoi statt. Wir tun hiermit nicht dem Willen der italienischen Rechtsordnung Gewalt an, sondern verhindern nur, daß ein in beiden Rechtsordnungen vorhandener Anspruch verloren geht.

Somit hat der deutsche Richter der verführten deutschen und der italienischen Braut gegen den italienischen Verlobten einen Anspruch aus art. 2043 zuzubilligen, gleichgültig, wo die Tat geschehen ist.

5. Ansprüche Dritter

Schadensersatzansprüche Dritter, wie z. B. der Eltern der Braut, gegen den Verlöbnisbrüchigen kennt das italienische Recht nicht. Hat ein Dritter Aufwendungen gemacht, kann der Verlobte, soweit er diese ersetzen muß, Schadensersatz verlangen²⁹⁾. Dritte können Geschenke herausverlangen, die

²⁵⁾ *Gangi*, a. a. O. 1945, S. 46: „Così pure, se l'inadempimento della promessa è stato accompagnato da ingiurie o dichiarazioni offensive verso l'altra parte, questo può chiedere il risarcimento dei danni per le offese ricevute.“

²⁶⁾ Siehe Cass. 9. 3. 1955 und 4. 7. 1955 in *Giustizia civile*, Mass. 1955, S. 242 und S. 772.

²⁷⁾ *Raape*, IPR, a. a. O. S. 65.

²⁸⁾ *Raape*, IPR, a. a. O. S. 108/109; S. 265/266.

²⁹⁾ So *Tedeschi*, „La promessa di matrimonio nel diritto civile italiano“, in *L'archivio giuridico* Bd. 104 (1930) S. 177. Man hilft sich also mit einer Konstruktion, die die Spesen Dritter als Spesen des Verlobten gelten läßt, und die dieser zurückfordern kann, soweit er sie selbst ersetzen muß. *Tedeschi*, S. 177: „Se

sie den Verlobten im Hinblick auf eine zukünftige Ehe gemacht hatten (art. 785 I C. c.).

6. Verjährung

Im Gegensatz zum deutschen Recht, das die Ansprüche nach § 1298 ff in 2 Jahren verjähren läßt (§ 1302 BGB), kennt das italienische Recht nur eine einjährige Präklusivfrist³⁰⁾ für die Ansprüche aus Verlöbnißbruch (art. 80 II, art. 81 III C. c.), was der deutsche Richter zu beachten hat. Die Ansprüche nach art. 2043 C. c. verjähren in 5 Jahren.

Die zweijährige Verjährungszeit des deutschen Rechts als Teil des deutschen *ordre public* anzusehen, besteht keine Veranlassung³¹⁾.

le spese fossero state sostenute da un terzo, convien distinguere se egli ha agito come negotiorum gestor oppure no, nel primo caso le spese sono risarcibili, perchè il fidanzato deve rifondere il gestore, se no, no, perchè egli non viene a patirne alcun danno." a. A. *Luther*, Verlöbniß, a. a. O. S. 210, der die gleiche Stelle bei *Tedeschi* anders interpretiert: „Auf dem Umwege der Geschäftsführung ohne Auftrag können aber auch Dritte, insbesondere die Eltern, Schadenersatz verlangen; genehmigt der Verlobte die Geschäftsführung des Dritten, so ist auch dieser ersatzberechtigt."

³⁰⁾ Siehe *Ferrara*, „Diritto delle persone e di famiglia“, Napoli 1941 S. 258: „Il termine è di decadenza, quindi non vi sono cause di interruzione o di sospensione."

³¹⁾ a. A. anscheinend die Entscheidung des Kammergerichts vom 7. 2. 1938 a. a. O. S. 1715, die „bei Ansprüchen gegen Deutsche . . . die Verjährungsvorschriften des deutschen Rechts, soweit sie günstiger sind“, für beachtlich erklärt; dagegen BGH vom 21. 11. 1959, a. a. O. S. 532 letzter Absatz.

Zweites Kapitel

Die Eheschließung

I Das Haager Eheschließungsabkommen¹⁾

1. Einleitung

Das Haager Eheschließungsabkommen vom 12. Juni 1902, dessen Partnerstaaten auch das Deutsche Reich und das Königreich Italien waren, wurde in Italien durch ein Gesetz vom 7. September 1905, in Deutschland am 24. Juni 1904 ratifiziert. Das Abkommen trat in Deutschland am 1. August 1904, in Italien am 15. September 1905 in Kraft²⁾.

Zwischen Italien und der Bundesrepublik gilt das Abkommen wieder seit 1. Mai 1952^{2a)}. Somit haben beide Staaten in dieser Materie ein gemeinsames Internationales Privatrecht.

2. Charakter der Normen des Haager Eheschließungsabkommens

Neben Kollisionsnormen, d. h. solchen Vorschriften, die die Anwendung von Sachnormen eines bestimmten Staates befehlen, enthält das Haager Eheschließungsabkommen auch Sachnormen, die für ein genau umrissenes Gebiet entgegenstehendes Privatrecht im Vertragsinland außer Kraft setzen. Es ist z. B. trotz Verstoßes gegen absolute Eheverbote eines Vertragsstaates, wenn dieser zum prohibitiven Eingriff berechtigt war, eine nach dem Statut des art. 1 wirksam geschlossene Ehe im gesamten Vertragsinland gültig (art. 2 II)³⁾. Ähnliche Bestimmungen finden sich in art. 2 am Ende und art. 5 III.

¹⁾ Gesetzesartikel ohne nähere Bezeichnung beziehen sich in diesem Kapitel auf das Haager Eheschließungsabkommen.

²⁾ Daten nach *Kosters-Bellemanns*, „Les conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé“, Harlem-La Haye 1921 S. 9 ff.

^{2a)} Vgl. Bekanntmachung über die Wiedieranwendung von vier Abkommen über das Internationale Privatrecht vom 14. Februar 1955, BGBl 1955 II, 188.

³⁾ Siehe hierzu *Kahn*, Abhandlungen zum IPR, München-Leipzig 1928, II, S. 104; vgl. auch *Buzzati*, „Le droit international privé d'après les conventions de la Haye“, Bd. 1: „Le mariage d'après la convention du 12. juin 1902“, Paris 1911 S. 220/221: „... la disposition de l'article 2, alinéa 2 n'est pas une règle de droit international privé, mais une règle de droit civile uniforme: en effet, elle ne détermine pas la compétence législative des divers États en matière de nullité du mariage, mais elle substitue aux différentes dispositions en vigueur au sujet de la nullité et de l'annulations du mariage une règle unique pour les cas prévus dans les trois alinéas de l'article 2.“

Das Haager Eheschließungsabkommen enthält neben Sach- und Kollisionsnormen auch Blankettnormen, die dem einzelnen Staat die Möglichkeit geben, für Ehen mit Auslandsberührung, die in seinem Staatsgebiet geschlossen werden, eigene Vorschriften zu erlassen oder aufrechtzuerhalten (art. 2 und 3). Über einen prohibitiven oder permissiven Eingriff deutscher Normen siehe unten S. 37 ff. Auch art. 7 enthält eine Blankettnorm. Es wird hiermit den Vertragsstaaten die Möglichkeit gegeben, eine nach der *lex loci formae* Ehe als wirksam anzuerkennen, wenn die Form den Heimatstaaten beider Verlobter entsprach.

3. Der Grundsatz des art. 1

Art. 1 lautet: „Das Recht zur Eingehung der Ehe bestimmt sich in Ansehung eines jeden der Verlobten nach dem Gesetz des Staates, dem er angehört, soweit nicht eine Vorschrift dieses Gesetzes ausdrücklich auf ein anderes Gesetz verweist⁴⁾.“

a) Probleme der Auslegung des art. 1

Unter art. 1 fallen nicht nur Eheverbote, sondern auch Willensmängel⁵⁾. Letzteres war umstritten. Man hatte den Ausdruck „la capacité de contracter mariage“ in der endgültigen Fassung durch den Ausdruck „le droit de contracter mariage“ ersetzt und dadurch der Rechtsprechung Gelegenheit gegeben, diesen Ausdruck zu interpretieren. Diese hat sich dafür entschieden, auch die Willensmängel art. 1 zu unterstellen⁶⁾. Es kommen somit in Ansehung eines jeden Verlobten für Willensmängel und Eheverbot die jeweiligen Vorschriften des Heimatrechts zur Anwendung.

Somit haben die Rechtssätze des art. 1 des Haager Eheschließungsabkommens, art. 17 disp. pr. und Art. 13 I EGBGB gleichen Rechtsinhalt.

b) Der „Renvoi“ des art. 1

Da das italienische genau wie das deutsche Recht dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgt, findet kein Renvoi statt.

II Die Anwendung materiellen italienischen Rechts

1. Einleitung

Italienisches Recht kommt in Deutschland zur Anwendung, wenn ein oder beide Ehegatten Italiener sind.

Es kann bei der nun folgenden Erörterung auf den Vergleich mit dem in Italien auf Grund des 1929 geschlossenen Konkordats mit dem Heiligen

⁴⁾ Amtliche deutsche Übersetzung, zitiert nach *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 143.

⁵⁾ *Kahn*, a. a. O. S. 68; *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 143; *Lewald*, a. a. O. S. 460, a. A. *Buzzati*, a. a. O. S. 93 ff.

⁶⁾ Siehe RG, 15. 12. 1930 in IPR Rechtspr. 1931 Nr. 38 S. 118 (insbes. S. 119); (JW 1931 S. 1340 ff); RG, 6. 2. 1930 in IPR Rechtspr. 1930 Nr. 64 S. 143; KG, 18. 12. 1933 in IPR Rechtspr. 1933 Nr. 46, S. 98.

Stuhl und des Ausführungsgesetzes vom 27. 5. 1929 geltenden kanonischen Rechts verzichtet werden, da dieses in Deutschland nicht zur Anwendung kommt. Das liegt daran, daß bei der Form der Eheschließung in Deutschland nur die zivile Form geduldet wird (Art. 13 III EGBGB), also auch für die Ehehindernisse auch nur ziviles italienisches Recht zur Anwendung kommt. Die Anwendung kanonischen Rechts ist auch in Italien bedingt durch die Möglichkeit, eine kirchliche Eheschließung mit zivilen Wirkungen eingehen zu können. Fehlt diese Möglichkeit, und ist wie im deutschen Recht, die Zivilehe obligatorisch, verliert das kanonische Recht als Eherecht seine Bedeutung.

Bei der Ehenichtigkeitsklage kommt deshalb kein kanonisches Eherecht in Deutschland zur Anwendung, weil es für die Auflösung von „Konkordats-ehen“ von Italienern an einer Voraussetzung der deutschen Zuständigkeit, nämlich der Anerkennung dieser Urteile durch Italien, fehlt (§ 606 b Ziffer 1 ZPO).

Auch dort, wo (§ 606 b Ziffer 2 ZPO) die deutsche Zuständigkeit gegeben ist, kann die Frau, die vor Schließung einer Konkordats-ehe die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, nur die deutschen Nichtigkeits- und Aufhebungsgründe geltend machen, da für sie über art. 1 des Haager Eheschließungsabkommens deutsches Recht zur Anwendung kommt.

Eine Ausnahme bildet die von Deutschen in Italien geschlossene Konkordats-ehe. Diese besondere Problematik wird weiter unten behandelt werden.

2. Die Ehefähigkeit

a) Das Mindestalter

Die italienische Frau erlangt die Ehemündigkeit bereits mit 14 Jahren, der Mann mit 16 Jahren. Der „procuratore generale“ des Appellationsgerichtes, in dessen Bezirk die Verlobten ansässig sind, kann in Ausnahmefällen das Mindestalter auf 14 Jahre für den Mann, auf 12 Jahre für die Frau herabsetzen (art. 84 II C. c.) (art. 107 legge sullo stato civile). Für Italiener, die im Ausland wohnen, ist die Zuständigkeit für die Dispenserteilung besonders geregelt. Haben Italiener niemals in ihrem Heimatstaat ihren Wohnsitz begründet, so ist zuständig der „procuratore della Repubblica“ (art. 108 II legge sullo stato civile).

Im deutschen Recht kann das Vormundschaftsgericht Befreiung vom Alterserfordernis des Mannes (21 Jahre) und der Frau (16 Jahre) erteilen. Aber es muß mindestens eine Volljährigkeitserklärung vorliegen, so daß man auf ein Mindestalter von 18 Jahren für den Mann kommt. Dies ist erforderlich, damit jedenfalls ein Ehegatte voll geschäftsfähig ist. Im italienischen Recht erwirbt der minderjährige Ehegatte ipso iure mit der Eheschließung die Geschäftsfähigkeit (art. 390 C. c.).

Die fehlende Ehemündigkeit ist ein einseitiges Ehehindernis. Ein 16jähriger Italiener kann also in Deutschland seine gleichaltrige Verlobte heiraten.

b) Die Geschäftsfähigkeit

Geisteskranke können nach beiden Rechtsordnungen keine Ehe (art. 85 C. c. und § 2 EheG. in Verb. mit § 104 Ziffer 2 und 3 BGB) eingehen. Art. 85 spricht zwar nur von entmündigten Geisteskranken, aber aus der Anfechtungsmöglichkeit des art. 120 C. c. ergibt sich, daß ein Geisteskranker, auch ohne entmündigt zu sein, geschäftsunfähig zur Eheschließung ist⁷⁾, wie es auch dem deutschen Recht entspricht (§ 2 EheG. in Verb. mit § 104 Ziff. 2 BGB).

Minderjährige bedürfen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (art. 90 C. c.). Die Einwilligung muß nach beiden Rechten schriftlich nachgewiesen sein und kann durch das Vormundschaftsgericht bzw. den „procuratore generale“ beim Appellationsgericht, in dessen Bezirk der Minderjährige seinen Wohnsitz hat⁸⁾, ersetzt werden. Die hierfür erforderlichen unsachlichen Weigerungsgründe der gesetzlichen Vertreter des deutschen Rechts⁹⁾ entsprechen ungefähr den „gravi motivi“ des italienischen Rechts.

Sonstige Geschäftsbeschränkte (Art. 3 EheG. § 114 BGB; art. 415 C. c. „inabilitazione“), die nach deutschem Recht die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter bedürfen, sind nach italienischem Recht nur hinsichtlich ihrer „capacità patrimoniale“ beschränkt.

3. Willensmängel

a) Hauptunterschiede der beiden Rechtsordnungen

Den im deutschen Ehe recht beachtlichen Willensmängeln Irrtum, Täuschung, Drohung (Art. 31 ff EheG.) entsprechen im italienischen Recht nur Irrtum und Drohung¹⁰⁾. Hierbei ergeben sich aber wiederum Verschiedenheiten:

aa) Beachtlich ist nach italienischem Recht nur der Identitätsirrtum (art. 122 II C. c.)¹¹⁾. Trotz der klaren Fassung des Gesetzes ist es immer wieder versucht worden, bei besonderen Ausnahmefällen die Härten des Gesetzes im

⁷⁾ Siehe hierzu *Gangi*, a. a. O. 1953 S. 105.

⁸⁾ Gesetzliche Grundlagen und weitere Einzelheiten vgl. bei *Jemolo*, a. a. O. S. 83/84. Für Italiener, die niemals in Italien ihren Wohnsitz hatten, ist das Appellationsgericht Rom zuständig. Wie oben bei der Befreiung vom Alterserfordernis ist es ratsam, auf diese Zuständigkeit Rücksicht zu nehmen, um nicht Gefahr zu laufen, daß durch eine Nichtanerkennung der Akte deutscher Behörden die Ehe nach italienischem Recht vernichtbar wird.

⁹⁾ Vgl. *Beitzke*, a. a. O. S. 25.

¹⁰⁾ Arglistige Täuschung ist nach italienischem Recht kein beachtlicher Willensmangel, siehe *Gangi*, a. a. O. 1953 S. 105.

¹¹⁾ Wortlaut des art. 122 II C. c.: „L'errore sulle qualità dell'altro coniuge non è causa di nullità del matrimonio se non quando si risolve in errore sull'identità della persona.“ Interessant ist die Verflechtung von Irrtum über wesentliche Eigenschaften und Identitätsirrtum in dieser Vorschrift (Eigenschaftsirrtum als Oberbegriff) im Gegensatz zu art. 1429 III C. c., der diese beiden Begriffe nebeneinander stellt.

Wege der Interpretation zu mildern, was aber an dem Wortlaut scheiterte. Sowohl der Irrtum über die Staatsangehörigkeit des Ehegatten als auch (besonders schwerwiegend) der Irrtum über die Tatsache, daß der andere Ehegatte bereits durch eine nicht transskribierte, kirchliche Ehe gebunden war, sind nicht beachtlich¹²⁾. Der praktische Anwendungsbereich umfaßt somit hauptsächlich nur noch Fälle der Handschuhehe.

bb) Die widerrechtliche Drohung

Drohung verursacht auch im italienischen Recht einen beachtlichen Willensmangel (art. 122 I C. c.). Art. 1434 ff C. c., in denen sich genaue Definitionen und Auslegungsregeln befinden, kommen hierbei entsprechend zur Anwendung. Das, was im deutschen Recht im wesentlichen Rechtsprechung und Lehre ausgearbeitet haben, ist hier kodifiziert; so ist z. B. eine Drohung mit der Geltendmachung von berechtigten Schadensersatzansprüchen nicht beachtlich (art. 1438 C. c.).

b) Ergebnisse

Aus der Verschiedenheit der beiden Rechtsordnungen ergibt sich, daß deutsche Ehegatten weitgehendere Anfechtungsrechte haben. Eine Ehe zwischen einem Deutschen und einer Italienerin kann also, wenn beide eine Täuschung verübt haben, nur von jenem angefochten werden¹³⁾.

4. Impotenz (art. 123 C. c.)

„Impotentia coeundi“, wenn sie bereits vor der Ehe bestand, berechtigt beide Ehegatten, die Ehe anzufechten, „Impotentia generandi“ nur dann, wenn es an den notwendigen Organen fehlt¹⁴⁾. Im letzteren Falle steht nur dem anderen Ehegatten ein Anfechtungsrecht zu.

5. Eheverbote

a) Bigamie

Dieses Eheverbot findet sich in beiden Rechtsordnungen (Art. 5 EheG.) (art. 86 C. c.). Zum Problem der Bigamie, die sich aus einer hinkenden Scheidung ergibt, siehe unten S. 44 ff.

¹²⁾ Siehe hierzu die aufschlußreichen Entscheidungen des Cassationshofes vom 12. 8. 1949 (Giur. it. 1950, I, 1, 1) und vom 12. 1. 1959 in *Monitore dei tribunali* 1959 S. 199;

zu der ersten Entscheidung siehe *Jemolo*, „Errori sulle qualità essenziali“, Giur. it. 1950, I, 1, 1, sowie *Fedele* „L'errore come causa di annullamento di matrimonio sul codice civile“, in Giur. it. 1950, IV S. 81 ff; über den Streit, der in Lehre und Rechtsprechung trotz des klaren Wortlauts der Vorschrift ausgefochten wurde, siehe *Jemolo*, a. a. O. S. 124 Anm. 12.

¹³⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 234: „Möglicherweise hat also der Mann ein Anfechtungsrecht, obgleich die Ehe nach dem Heimatrecht der Frau unanfechtbar ist, und umgekehrt entbehrt die Frau des Rechts, obgleich die Ehe nach dem Heimatrecht des Mannes anfechtbar ist.“

¹⁴⁾ Einzelheiten siehe bei *Gangi*, a. a. O. 1953 S. 88 ff.

b) Eheverbote der Verwandtschaft im engeren und weiteren Sinne

aa) Einleitung

Im italienischen Recht nehmen diese Eheverbote einen breiten Raum ein. Sie sind ausdrücklich und ausführlich geregelt. Dispenserteilung ist aber in allen Fällen, in denen das italienische Recht das strengere Recht ist, möglich.

bb) Das italienische Recht als das strengere Recht.

In folgenden, in art. 87 C. c. aufgeführten Fällen finden sich dem deutschen Recht unbekannte Eheverbote. Es dürfen einander nicht heiraten:

1. Onkel und Nichte, Tante und Neffe
2. Verschwägerter in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad
3. Adoptivkinder der gleichen Person
4. Adoptivkinder und Kinder des Adoptierenden
5. Adoptivkind und Ehegatte des Adoptierenden
6. Adoptierender und Ehegatte des Adoptivkindes
7. Die Vorschriften für die Adoption als Eheverbot gelten entsprechend für die „affiliazione“.

cc) Das deutsche Recht als das strengere Recht

1. Uneheliche Kindschaft

Die uneheliche Kindschaft und die durch sie begründeten Verwandtschaftsverhältnisse stehen auch im italienischen Recht einer Ehe entgegen. Die Voraussetzungen einer „filiazione naturale“ als Eheverbot finden sich nicht im Gesetz, sind aber von der Lehre unter Bezugnahme auf die Grundprinzipien des italienischen Rechts entwickelt worden. Daß auch nicht anerkennungsfähige Kinder („adulterini“ und „incestuosi“) unter dieses Verbot fallen, ist, wenn man den Sinn des Eheverbots bedenkt, klar. Zumindest aber müssen die Voraussetzungen des art. 279 C. c., die zu einem Alimentenanspruch berechtigen, erfüllt sein¹⁵⁾.

Im deutschen Recht dagegen ist das Eheverbot der unehelichen Kindschaft nur von der Abstammung abhängig. Verfahrensrechtlich ist unabhängig von der Unterhaltsklage die Statusklage entwickelt worden¹⁶⁾. Wenn die positive oder negative Feststellungsklage ein Eheverbot betrifft, wird das Rechtsschutzbedürfnis immer gegeben sein.

Hauptunterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen, von denen die eine dem Anerkennungs-, die andere dem Abstammungssystem angehört, ist also, daß, während im italienischen Recht noch gewisse Voraussetzungen,

¹⁵⁾ Vgl. *Cosattini*, „Il riconoscimento del figlio naturale“, Padova 1942, S. 10; *Gangi*, a. a. O. 1953, S. 126: „Necessario è però in ogni caso che il rapporto di filiazione naturale risulti in qualcuno dei modi ammessi dalla legge . . .“, so auch *Jemolo*, a. a. O. S. 95.

¹⁶⁾ *Beitzke*, a. a. O. S. 173: „... eine wünschenswerte Rechtsfortbildung . . .“

wie schriftliche Erklärung etc. gegeben sein müssen, das deutsche Recht allein auf die blutmäßige Abstammung abstellt.

Es lassen sich also Fälle denken, bei denen die Voraussetzungen des art. 279 C. c. nicht gegeben sind und also auch kein Eheverbot im Sinne des art. 87 C. c. besteht, bei denen aber das deutsche Recht ein Eheverbot der unehelichen Verwandtschaft annimmt.

2. Das Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft der Vorfahren (§ 4 II EheG.) findet sich nicht im italienischen Recht.

dd) Befreiungen von Eheverböten der Verwandtschaft^{16a)}

Während bei Eheverböten, bei denen das italienische Recht das strengere Recht ist, immer Befreiung möglich ist, kann bei den deutschen Eheverböten der unehelichen Kindschaft und Geschlechtsgemeinschaft, bei denen unter Umständen das deutsche Recht strenger ist, keine Befreiung gewährt werden¹⁷⁾.

c) Ehebruch

Ehebruch ist nach italienischem Recht kein Ehehindernis. Das mag daran liegen, daß die Möglichkeit einer Wiederverheiratung mit dem Ehebrecher nach einem Ehebruch durch den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe stark eingeschränkt ist. Das Problem, ob bei einer Wiederheirat in Deutschland auf Grund Art. 17 III EGBGB geschiedener Italiener deutsche Normen prohibitiv eingreifen können, wird unten S. 37 behandelt werden.

d) Die Wartezeit

Trotz der Überschrift „lutto vedovile“ hat art. 89 den gleichen Zweck wie das deutsche Eheverbot der Wartezeit (§ 8 EheG.), nämlich die Abstammungsverhältnisse zu klären. Dies ergibt sich aus art. 89 III C. c., der wie § 8 I EheG. bestimmt, daß nach der Geburt eines Kindes dieses Ehehindernis entfällt.

e) Delikt

Personen, von denen eine wegen versuchten oder vollendeten Mordes auf den Ehegatten des anderen verurteilt worden ist, können nach italienischem Recht nicht miteinander die Ehe eingehen.

^{16a)} Guradze, „Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht“, Göttingen 1956, S. 219, hält generell Eheverböte, von denen Befreiung erteilt werden kann, die im Ermessen einer Behörde steht, für nicht vereinbar mit Art. 12 der Europäischen Konvention der Menschenrechte.

¹⁷⁾ Letzteres ist bestritten, jedenfalls findet sich im Gesetz keine Bestimmung, siehe hierzu Beitzke, a. a. O. S. 31, und Bluhm, „Hat der Standesbeamte das Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft zu beachten und ist hiervon Befreiung möglich?“ StAZ, 1956 S. 178 ff. Vgl. auch BVerwG, 27. 5. 1960, FamRZ 1960, S. 435 ff u. JZ 1961, S. 62, das die Befreiung von diesem Eheverbot unter Art. 4 III EheG fallen läßt (zustimmend Bosch FamRZ 1960, S. 437).

III Probleme der Form der Eheschließung

1. Der Grundsatz des art. 5 Haager Eheschließungsabkommen

Art. 5 I lautet: „In Ansehung der Form ist die Ehe überall als gültig anzusehen, wenn die Eheschließung dem Gesetze des Landes, in welchem sie erfolgt, entspricht.“

Zwei Grundsätze lassen sich hieraus gewinnen:

- a) Die Form wird durch die *lex loci* bestimmt. Art. 13 III EGBGB wird damit voll aufrecht erhalten¹⁸⁾.
- b) Im Vertragsinland ist eine nach der „*lex loci*“ geschlossene Ehe überall gültig.

2. Die Ausnahmen des art. 5 II und III

Art. 5 II hat keine Bedeutung, da in beiden Rechtssystemen das Rechtsinstitut der Zivilehe bekannt ist. Das Aufgebot ist in beiden Staaten keine notwendige Ehevoraussetzung. Die ohne Aufgebot geschlossene Ehe ist in beiden Staaten gültig. In Italien hat sie eine Ordnungsstrafe zur Folge¹⁹⁾. Die gemeinsame Sachnorm des art. 5 III, 2, ändert also kein geltendes Sachrecht ab.

3. Die Konkordatssehe

a) Eheschließung vor dem Priester in Deutschland

Italien kennt neben der Zivilehe und der Ehe vor einem Diener einer in Italien zugelassenen Religionsgemeinschaft die sogenannte Konkordatssehe („*matrimonio concordatario*“). Diese wird von dem katholischen Priester geschlossen^{19a)} und erlangt Rechtswirkung durch eine Überschreibung („*trascrizione*“) in ein Standesregister²⁰⁾. Diese Form widerspricht dem Grundsatz des Art. 13 III EGBGB, der durch art. 5 Haager Eheschließungsabkommen nicht berührt wird. Für eine Möglichkeit zur Schließung einer Konkordatssehe von italienischen Brautleuten in Deutschland^{20a)} spricht zu-

¹⁸⁾ Vgl. Kahn, a. a. O. S. 127: „Die Berechtigung der Vertragsstaaten, eine derartige Kollisionsnorm zu erlassen, wonach jede im Inland geschlossene Ehe bei Strafe der Nichtigkeit der inländischen Form entsprechen muß, ist durch die Konvention aufrechterhalten“, so auch BGH, 19. 12. 58 NJW 1959 S. 720.

¹⁹⁾ Gangi, a. s. O. 1953 S. 157.

^{19a)} Einzelheiten siehe im italienischen Ehegesetz vom 27. 5. 1929.

²⁰⁾ Dies gilt nicht für Ehen von Italienern, die gemäß der Ortsform im Ausland geschlossen wurden, die bereits vor der „*trascrizione*“ Rechtswirkung entfalten; siehe Trib. Oristano 20. 2. 56 in *Rivista dir. internazionale* 1958, S. 135: „La mancata trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile del comune di residenza in Italia, richiesta per i matrimoni all'estero, non influisce sulla validità del matrimonio“; so auch Biscottini, „Matrimonio per procura e *fraus legis*“, in *Diritto internazionale* 1959 S. 97.

^{20a)} Vgl. hierzu Bosch, „Familienrechtsreform“, Sieburg 1952, S. 23, Anm. 43; idem, „Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie“, Sieburg 1954, S. 39.

nächst § 15 a EheG. Diese Vorschrift gestattet Ausländern die Eheschließung in der Form des Heimatrechts eines der beider Verlobten vor einer von der Regierung ihres Landes ordnungsgemäß ermächtigten Person. Die italienischen Gesetze ermächtigen aber nur diplomatische Vertreter und Konsuln (art. 9 und 50 des ital. Personenstandsgesetzes vom 9. Juli 1939), nicht aber Priester zur Trauung von Italienern im Ausland^{20b}). Das Ehegesetz vom 29. Mai 1929 betrifft nur Eheschließungen in Italien^{20c}). Eine in Deutschland von Italienern nur vor einem Priester geschlossene Ehe entfaltet also bei uns^{20d}) keine Rechtswirkungen.

b) Die in Italien geschlossene Konkordatshe Deutscher und ihre Behandlung in Deutschland

Deutsche können in Italien eine Konkordatshe eingehen. Diese Eheschließung wird in Deutschland anerkannt. Soll eine solche Ehe von deutschen Gerichten aufgelöst werden, kommt deutsches Recht zur Anwendung (art. 1), italienisches Recht jedoch, soweit Formfragen eine Rolle spielen²¹). Für diesen Ausnahmefall müssen deutsche Gerichte kanonisches Recht sowie das Ausführungsgesetz zum Konkordat Italiens mit dem Heiligen Stuhl anwenden²²). Solche Urteile werden allerdings, auch wenn sie Deutsche betreffen, in Italien nicht anerkannt, da die Kirche nur eine ausschließliche Zuständigkeit in Anspruch nimmt.

^{20b}) Zu demselben Ergebnis kommt *Raape* („Die Form der Eheschließung nach internationalem Recht“, in Festschrift für *Kiesselbach*, Hamburg 1947, S. 148/149) für Eheschließungen von Griechen vor einem orthodoxen Geistlichen in Deutschland.

^{20c}) Art. 5 des ital. Ehegesetzes vom 29. 5. 1929 bezieht sich nur auf Ehen vor dem italienischen Priester. Das ergibt sich aus den folgenden Vorschriften, die ganz auf italienische Verhältnisse abstellen, wie z. B. der Lesung der art. 143–145 C. c. (art. 8 des Ehegesetzes vom 27. 5. 1929). Aus diesen Vorschriften folgt *Balladore-Pallieri*, a. a. O. S. 173: „... il matrimonio concordatario non può, come tale, essere celebrato fuori d'Italia.“ So auch *Jemolo*, a. a. O. S. 291 ff mit ausführlicher Begründung, *Monaco*, a. a. O. S. 134/135 und die a. gl. O. Anm. 2 angegebene Literatur sowie *Vitta*, „Nozioni di diritto internazionale privato“, Torino 1960 S. 177. Die Frage ist bestritten, siehe hierzu *Jemolo*, a. a. O. S. 292, Anm. 1–3.

^{20d}) Folgt man der in Anm. 20c angegebenen Doktrin, kann diese Eheschließung auch nicht in Italien transskribiert werden und dadurch Rechtswirkungen in Italien entfallen. Siehe zu dem umstrittenen Problemkreis: *Zannini*, „Rassegna di giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato“ (1957), *Diritto internazionale* 1959 I S. 177–180.

²¹) Vgl. RG 22. 6. 1931 JW 1931, S. 2784 ff; a. A. *Frankenstein*, a. a. O. Bd. II S. 184, der das Heimatrecht maßgebend sein lassen will, weil dieses die Befugnis eingeräumt habe, sich dem fremden Ortsrecht zu unterwerfen.

²²) Über die verwickelten und umstrittenen Probleme der Formverstöße bei der Konkordatshe siehe *Jemolo*, a. a. O. S. 288 ff.

4. Probleme der Handschuhehe

a) Einleitung

Am 20. 5. 1949 erging ein Urteil des LG Kiel²³⁾, das eine Ehe zwischen einem Deutschen und einer Italienerin, die in Venedig mittels eines Stellvertreters vor dem dortigen Standesbeamten geschlossen worden war, als nicht existent erklärte. Das Urteil folgte damals den Gedankengängen von *Deuchler*, der als erster eine umfassende rechtsvergleichende Studie²⁴⁾ der Stellvertretung bei der Eheschließung gewidmet hatte. Er erklärte als Vornahmeort, dessen Rechtsordnung nach art. 5 I bzw. Art. 11, I, 2 EGBGB maßgeblich ist, nicht den „locus celebrationis“, sondern den Abgabeort der Willenserklärung für bindend. Hieran hat sich eine lebhafte Diskussion geschlossen²⁵⁾.

Diese hat einen Abschluß gefunden in dem grundlegenden Urteil des BGH vom 19. 12. 58²⁶⁾, das der These des OLG Kiel nicht folgte und den Trauungsort für maßgebend erklärte.

b) Materielles italienisches Recht

In art. 111 C. c. findet sich die Regelung, daß eine Stellvertretung bei der Eheschließung in gewissen Fällen gestattet sein soll, wenn es sich handelt um

- aa) Angehörige der Streitkräfte während des Krieges
- bb) Verlobte, von denen einer im Ausland seinen Wohnsitz hat. Im letzten Falle müssen „gravi motivi“ vorliegen²⁷⁾.

²³⁾ Die Entscheidung findet sich in *RabelsZ* XV (1949) S. 577.

²⁴⁾ *Deuchler*, „Eheschließung von Anwesenden“, Berlin 1942; idem, „Die Handschuhehe im IPR“, in *Festschrift für Raape*, Hamburg, 1948 S. 83 ff.

²⁵⁾ Siehe die Anmerkung von *Neuhaus* in *RabelsZ* XV (1949) S. 578 ff, der die Entscheidung des LG Kiel als unnatürlich, unerwünscht und unnötig bezeichnet. Ihm zustimmend *Schwindt*, „Probleme des österreichischen Internationalen Familienrechts“ *RabelsZ* 1954 S. 248; vgl. auch die Anmerkung von *Beitzke* zum Urteil des Court of Appeal vom 10. 11. 1947 in *Sachen Apt v. Apt* im Jahrbuch für Internationales Recht, Bd. 3 S. 162, und zum gleichen Urteil die Anmerkung von *De Nova*: „La legge regolatrice del matrimonio per procura“, *Giur. comp. di dir. intern. pri.* XI (1954) S. 131 ff sowie *Biscottini*, „Matrimonio per procura e fraus legis“, in *Diritto internazionale* 1959 S. 97; vgl. auch die mehr allgemein gehaltene Schrift von *Bo*, „Il matrimonio per procura“, Padova 1934; siehe neuestens *Dieckmann*, „Die Handschuhehe deutscher Staatsangehöriger nach deutschem internationalem Privatrecht“, Bielefeld 1959.

²⁶⁾ *NJW* 1959 S. 717 ff.

²⁷⁾ Die Handschuhehe ist im italienischen Recht nur eine Ausnahme. Dies hat zur Folge, daß eine Ehe, die von zwei Stellvertretern geschlossen wird, in Italien nicht möglich ist und auch nicht anerkannt wird, weil dies gegen den italienischen *ordre public* verstößt, siehe hierzu *Biscottini*, a. a. O. S. 98.

Die Vollmachtserklärung muß in einer öffentlichen Urkunde enthalten sein²⁸⁾. Sie ist frei widerruflich. Hat jedoch der Ehegatte nichts von dem Widerruf gewußt, wird durch Zusammenleben der Ehegatten dieser Mangel geheilt. Nach 180 Tagen wird die Vollmachtserklärung unwirksam. Ob eine nach diesem Termin geschlossene Ehe nichtig oder nicht existent ist, ist bestritten²⁹⁾.

Will man die Bedeutung dieses unserer Rechtsordnung fremden Rechtsinstituts richtig verstehen, ist an einen Vergleich zu der im deutschen Recht contra legem rechtens gewordenen Stellvertretung bei der Adoption zu denken. Hier ist der Vertreter nicht etwa nur Bote, sondern seine Anwesenheit bedeutet Anwesenheit der Partei bei Vertragsschluß³⁰⁾. Der Stellvertreter nach art. 111 C. c. ist nicht nur Stellvertreter im Willen, sondern er bewirkt zusätzlich, daß der physisch Abwesende anwesend ist. So ist auch zu verstehen, daß er das gleiche Geschlecht haben muß wie der Vertretene³¹⁾.

c) *Die Gültigkeit der vor dem italienischen Standesbeamten geschlossenen Handschuhehe in Deutschland*

Die italienischen Vorschriften über die Handschuhehe kommen nur zur Anwendung, wenn mindestens ein Verlobter im Ausland (von Italien aus gesehen) seinen Wohnsitz hat, und die Ehe in Italien geschlossen werden soll.

Mehrere Probleme tauchen im IPR auf. Die Meinung, die Zulässigkeit der Handschuhehe als Frage der Form zu qualifizieren, hat sich durchgesetzt³²⁾.

²⁸⁾ Es genügt nicht die beglaubigte Unterschrift unter einer Privaturkunde. Siehe die interessante Entscheidung des Tribunalgerichts Milano vom 29. 1. 59 in Foro Padano, 1959, I, S. 621, wo die Ehe einer Deutschen mit einem Italiener wegen dieses Formmangels für nichtig erklärt wurde. Appell. Messina vom 14. 11. 57 in Foro it. 1958 I, S. 1172, entscheidet sich bei gleicher Problemlage sogar für ein „matrimonium non existens“, was als praktische Folge die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften über das „matrimonio putativo“ nach sich zieht.

²⁹⁾ Für die Nichtexistenz die Entscheidung des Tribunalgerichts Milano vom 22. 1. 1948 in Foro Padano 1948, I, S. 756, sowie auch Natoli, „Inesistenza e annullabilità del matrimonio civile con particolare riferimento all'ipotesi di celebrazione successiva alla scadenza del termine di validità della procura“, Giur. it. 1949, I, 2, S. 237 ff; Gangi, a. a. O. 1953 S. 169. Für die Nichtigkeit (besser Vernichtbarkeit) trib. Napoli 22. 3. 56 (Mass. Foro it. 1957 „matrimonio“ Nr. 78); trib. Messina 28. 1. 57 (Mass. Foro it. 1957 „matrimonio“ Nr. 77); sowie Bianco, „La figura del „nunzio“ nel matrimonio per procura“, in Foro Padano, 1948, I, 755 ff; Jemolo, a. a. O. S. 172/173.

³⁰⁾ Beitzke, „Familienrecht“, a. a. O. S. 161.

³¹⁾ Gangi, a. a. O. S. 170.

³²⁾ De Nova, a. a. O. S. 133 ff sowie die in Anm. 2 (S. 133) und Anm. 1 (S. 134) angegebene Literatur; Beitzke, a. a. O. Jahrbuch für Internationales Recht, Bd. 3 S. 162; Neuhaus, a. a. O. S. 580; Niccolò, Rassegna di Giurisprudenza, Bd. 1 (Scarpello-Stella-Richter) Milano 1951 S. 89: „Requisito essenziale della forma di celebrazione“; Deuchler, a. a. O. (Eheschließung . . .) S. 62 ff, BGH 19. 12. 1958, NJW 1959 S. 718 ff.

Es wird dies damit begründet, daß es sich um eine Art der Abgabe der Willenserklärung handelt³³⁾.

Da die Zulässigkeit der Eheschließung durch Stellvertreter eine Frage der Form ist, können auch Deutsche in Italien eine Handschuhehe eingehen, wenn die Voraussetzungen des italienischen Rechts vorliegen (art. 5 I)³⁴⁾.

Ein weiteres Problem ist, ob als maßgeblicher Ort, an dessen Recht anzuknüpfen ist, der „*locus celebrationis*“ oder der Ort, wo sich die Verlobten zur Zeit der Konsenserklärung gerade befinden, anzusehen ist³⁵⁾. Die erste Meinung hat sich mit guten Gründen durchgesetzt³⁶⁾. Daß auf den Ort der Trauung abzustellen ist, rechtfertigt sich auch daraus, daß weder die gleichzeitige Anwesenheit noch die Höchstpersönlichkeit³⁷⁾ aufgegeben sind, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen im Ausnahmefall auf die im deutschen Recht erforderliche persönliche Anwesenheit verzichtet ist.

Neuhaus hat außerdem darauf hingewiesen, daß es der natürlichen Auffassung widerspricht, daß eine „vor“ dem Standesbeamten geschlossene Ehe anderswo als am Ort des Standesbeamten vorgenommen sein soll.

Die Frage, ob es sich bei dem Vertreter um einen echten Stellvertreter oder um einen Boten handelt, nimmt bei dem Problem der Feststellung des Ortes, an dessen Recht anzuknüpfen ist, einen breiten Raum in der Literatur ein³⁸⁾. Nach *Deuchler* ergibt sich aus der Botenschaft als notwendige Folge die Anknüpfung an das Ortsrecht der Abgabe der Willenserklärung (unter Umständen Kumulierung zweier Rechtsordnungen³⁹⁾.

Man kommt aber mit beiden Rechtsfiguren zum gleichen Ergebnis. Die Willenserklärung des Vertreters, die ein Bote überbringt, entfaltet erst unter zwei Voraussetzungen ihre Rechtswirkung, nämlich, daß sie erstens mit

³³⁾ Vgl. *Beitzke*, a. a. O. S. 162; *De Nova*, a. a. O. S. 136: „... le disposizioni sul modo di compiere un atto di volontà, quale la manifestazione del consenso, non possono qualificarsi che come attinenti alla forma del relativo negozio giuridico“; a. A. *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 154 (ohne Begründung).

³⁴⁾ *Deuchler*, Die Handschuhehe . . . a. a. O. S. 88.

³⁵⁾ Für die letzte Meinung *Deuchler*, a. a. O. S. 89/90; *Lauterbach*, a. a. O. S. 32; OLG Kiel 20. 5. 49, a. a. O.; *Raape*, IPR, a. a. O. S. 242 ff; vgl. auch OLG Hamburg 14. 7. 54 StAZ 1955, S. 61 (mexikanisches Recht); *Deuchler*, MDR, 1959, S. 378.

³⁶⁾ Siehe BGH 19. 12. 58 in NJW 1959, S. 717 ff; *De Nova*, a. a. O. S. 144; *Neuhaus*, a. a. O.; *Beitzke*, a. a. O. S. 162; KG, 28. 10. 57 (niederländisches Recht) StAZ 1959 S. 184 ff; *Dieckmann*, a. a. O. S. 87.

³⁷⁾ Zur Höchstpersönlichkeit, siehe *Deuchler*, a. a. O. S. 86.

³⁸⁾ Für den Boten: *Bianco*, a. a. O. S. 755; *Beitzke*, a. a. O. S. 162; *Deuchler* passim; LG Hamburg, 14. 7. 1954, a. a. O. S. 62; für den Stellvertreter: BGH, 19. 12. 58, a. a. O. S. 719; *Gangi*, a. a. O. 1953, S. 170; *Natoli*, a. a. O. S. 246. Siehe hierzu im einzelnen, insbesondere zum Problem des „Stellvertreters in der Erklärung“ *Dieckmann*, a. a. O. S. 30–41.

³⁹⁾ *Deuchler*, Eheschließung . . . a. a. O. S. 83; idem, MDR 1959, S. 379.

einer Willenserklärung gleichen Inhalts zusammentrifft, und zweitens, daß hierbei ein Standesbeamte mitwirkt. Somit kann dem Ort, an dem der Vertretene die Willenserklärung abgibt, nicht die Bedeutung eines Anknüpfungsmoment zukommen, sondern es ist auf den Ort der Trauung abzustellen⁴⁰⁾. Der BGH⁴¹⁾ sieht in dem Vertreter nach art. 11 C. c. einen echten Stellvertreter und ist hierin der vorwiegenden italienischen innenprivatrechtlichen Meinung gefolgt. Hier ist das Ergebnis klar: Abgang und Zugang der Willenserklärung finden am gleichen Ort statt; die Form bestimmt sich nach dem Recht dieses Ortes.

Der art. 5 Haager Eheschließungsabkommen hat niemals eine andere Auslegung gefunden, als daß er sich auf den Ort der Trauung bezieht⁴²⁾. Da aber alle nach der „lex loci“ geschlossenen Ehen im Vertragsinland Wirksamkeit entfalten, ist auch eine in Italien geschlossene Handschuhehe Deutscher (oder zwischen Italienern) in Deutschland voll gültig, gleichgültig, wo der Vertretene sich zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung aufhält⁴³⁾.

d) Das Urteil des BGH vom 19. 12. 1958

Das Urteil hat mit seiner gründlichen Darlegung der einzelnen Streitfragen die Diskussion über das Problem, was die deutsche Rechtsprechung zur italienischen Handschuhehe angeht, abgeschlossen^{43a)}. Es hat die von *Deuchler* und dem OLG Kiel vertretene Auffassung verlassen und sich der hM angeschlossen, die die in Italien gültig geschlossenen Handschuhehen auch in Deutschland Wirkung entfalten läßt.

Im allgemeinen ist zu dem Urteil zu bemerken, daß es nur quasi am Rande von dem Vorhandensein des Haager Eheschließungsabkommens und dessen Grundsätzen spricht. Daß dieses Abkommen die alleinige Basis für Rechtsfälle in dieser Materie im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und Italien ist, wird übersehen. Die Erörterung, ob die Handschuhehe gegen den deutschen *ordre public* verstoße, geht von der falschen Voraussetzung aus, daß auch außer den Ausnahmen des art. 2 und 3 der deutsche *ordre public* eingreifen könne.

⁴⁰⁾ So auch mit ähnlicher Begründung *Beitzke*, a. a. O. S. 162/163.

⁴¹⁾ a. a. O. S. 719.

⁴²⁾ *Buzzati*, a. a. O. S. 319 (Hervorhebung vom Verfasser): „... le lieu de la célébration qui déterminera si la forme du mariage doit être celle-ci du lieu ou si les parties ont la faculté de suivre la forme de leur loi nationale.“

⁴³⁾ *Buzzati*, a. a. O. S. 319: „Si celle-ci (die örtliche Kollisionsnorm) impose sur son territoire la forme de la loi locale à tous les étrangers, les mariages qui y auront célébrés suivant cette forme seront seuls valables partout.“

^{43a)} Das betrifft das Ergebnis, nicht die dogmatischen Fragen; vgl. z. B. *Dieckmann*, a. a. O. S. 81, Anm. 30.

IV Der Eingriff des deutschen ordre public

1. Das Haager Eheschließungsabkommen und der deutsche ordre public

Hauptzweck dieser internationalen Abkommen ist es, eine internationale Entscheidungsharmonie zu erzielen. Dem Eingriff eines nationalen ordre public ist daher kein Raum gegeben, es sei denn, es sei ausdrücklich zugelassen⁴⁴⁾.

Diese Ausnahmen finden sich in art. 2 und art. 3. Der deutsche Richter hat nacheinander zwei Überlegungen anzustellen; zunächst muß er feststellen, ob ein Fall des art. 2 oder des art. 3 vorliegt, dann muß er an Hand des Art. 30 EGBGB prüfen, ob sich ein Eingreifen des deutschen ordre public rechtfertigt⁴⁵⁾.

2. Die spezielle Erlaubnis zum Eingriff deutscher Normen

a) Prohibitiver Eingriff deutscher Normen

aa) Verwandtschaft

Obwohl das deutsche Recht die Eheverbote der Verwandtschaft weit großzügiger behandelt als das italienische Recht, ist, wie wir oben gesehen haben, durch die Disharmonie zwischen Anerkennungs- und Abstammungssystem der Fall möglich, daß bei der unehelichen Kindschaft das deutsche Recht das strengere Recht ist, ein Fall, der allerdings noch keine praktische Bedeutung gewonnen hat.

Da es sich hierbei um ein Eheverbot, von dem keine Befreiung gewährt werden kann, handelt, kann und muß der deutsche ordre public eingreifen. Eine trotzdem geschlossene Ehe wäre jedoch nicht nichtig (art. 2 II).

bb) Da von dem im italienischen Recht unbekannten Eheverbot des Ehebruchs Befreiung gewährt werden kann, es sich also nicht um ein „divieto assoluto“ im Sinne des art. 2, I, Ziffer 2, handelt, ist ein Eingriff des deutschen ordre public nicht möglich.

cc) Das dem italienischen Recht bekannte Eheverbot des Gattenmordes, das in art. 2, I, Ziffer 3, aufgeführt ist, findet sich in der deutschen Rechtsordnung nicht.

b) Permissiver Eingriff deutscher Normen

Art. 3 gestattet einen permissiven Eingriff deutscher Normen nur, wenn es sich um Eheverbote handelt, die ausschließlich auf religiösen Motiven beruhen. Ein Problem, das eine praktische Bedeutung erlangt hat, ist die Wiederverheiratung geschiedener Italiener in Deutschland.

⁴⁴⁾ So auch *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 106/107, sowie *Meili u. Mamelok*, „Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konventionen“, Zürich 1911, S. 22. Siehe hierzu auch *Makarov*, „Die Haager Internationalprivatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel“, in *Ius et Lex*, Festschrift Gutzwiller, Basel 1959, S. 303 ff., S. 321.

⁴⁵⁾ Siehe hierzu *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 109; dies verkennt BGH vom 19. 12. 58, a. a. O., in den Gründen.

Italiener können in Deutschland von deutschen Gerichten dann geschieden werden, wenn sie mit Deutschen verheiratet sind. Das ergibt sich für den italienischen Mann aus Art. 17 III EGBGB, für die italienische Frau aus Art. 17 I EGBGB.

Eine Wiederverheiratung gestattet das italienische Recht dem im (von Italien aus) Ausland geschiedenen Italiener nicht, da es diese Form der Eheauflösung nicht kennt und, da die erste Ehe in Italien als noch bestehend gilt, das ausländische Urteil nicht anerkennt.

Daß es sich bei der zur Wiederverheiratung mangelnden Ehefähigkeit um Fragen des *ordre public* und nicht um Probleme der Befreiung vom Ehefähigkeitszeugnis handelt, hat *Neumayer*⁴⁶⁾ scharf herausgearbeitet. Die einzige Möglichkeit wäre also, daß sich aus art. 3 Haager Eheschließungsabkommen die Befugnis zum Eingriff des deutschen *ordre public* ergäbe.

Die Nichtanerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils und die hieraus resultierende mangelnde Ehefähigkeit sind aber nicht „ausschließlich religiös“ bedingt, sondern sind Teile der staatlichen Rechtsordnung Italiens, bei denen lediglich der Einfluß, den die enge Verbindung von Staat und Kirche auf die Gesetzgebung des Landes in Ehesachen ausübte, sichtbar wird. Dies gibt aber den Vorschriften, die ausländische Scheidungen nicht anerkennen oder keine andere Art der Auflösung der Ehe als den Tod zulassen, nicht einen ausschließlich religiösen Charakter im Sinne des Haager Eheschließungsabkommens.

Somit ergibt sich, daß auf Grund des art. 1 und dem Ausschluß der Eingriffsmöglichkeit des deutschen *ordre public* die Möglichkeit einer Wiederverheiratung eines in Deutschland geschiedenen Italieners in Deutschland nicht gegeben ist⁴⁷⁾.

Dieses „Zwangszölibat“ (*Martin Wolff*) folgt daraus, daß das IPR eine Nebenfolge der Scheidung, die Wiedererlangung der Ehefähigkeit, nicht dem Scheidungsstatut unterstellt⁴⁸⁾.

V Die fehlerhafte Ehe

1. Die Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Deutsche Gerichte sind, wenn ein Ehegatte die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, auf Grund von § 606 ZPO für Klagen, die das Auflösen oder das Feststellen des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zum Gegenstande haben, zuständig.

⁴⁶⁾ *Neumayer*, „Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit“, *RabelsZ* 1955, S. 66 ff.

⁴⁷⁾ So auch *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 101, Anm. 60; *Raape*, „Die hinkende Scheidung“, *StAZ* 1958, S. 228; über die Problematik und den Stand der Meinungen außerhalb des Haager Eheschließungsabkommens siehe *Soergel-Kegel* Vorbemerkung zu Art. 13 EGBGB.

⁴⁸⁾ Siehe hierzu *Neumayer*, a. a. O. *passim*.

Sind beide Beteiligte Italiener, bestimmt sich die Zuständigkeit nach § 606 b ZPO. Eine Zuständigkeit ist hiernach nur gegeben, wenn das deutsche Urteil in Italien anerkannt wird (§ 606 b Ziffer 1). Dies ist aber nur bei italienischen Zivilen, die auf Grund italienischen Zivilrechts für nichtig erklärt werden, der Fall. Für die Auflösung von Konkordatsen (d. h. Ehen, die auf Grund des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und Italien vor dem katholischen Priester geschlossen und in ein Standesregister überschrieben worden sind) ist in Italien das kirchliche Gericht ausschließlich zuständig. Es würde daher die Anerkennung deutscher Urteile im Delibationsverfahren⁴⁹⁾ verweigert werden. Somit fehlt es an der deutschen Zuständigkeit für die Auflösung von Konkordatsen, bei denen beide Ehegatten die italienische Staatsangehörigkeit besitzen.

§ 606 b Ziffer 2 gibt eine Ausnahme. Klagt eine Frau, die z. Z. der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, so ist die Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründet. Dies gilt auch für Konkordatsen.

2. Die Grundsätze für die Behandlung der fehlerhaften Ehe

a) Die gemeinsamen Sachnormen des Haager Eheschließungsabkommens

In art. 2 II, art. 2 am Ende, art. 5 III finden sich Sachnormen, die beiden Staaten gemeinsam sind. Praktische Bedeutung könnten diese Regelungen nur bei dem oben geschilderten prohibitiven Eingriff deutscher Normen erlangen. Eine entgegen deutschen Normen, die auf Grund art. 2 und Art. 30 EGBGB eingriffen, vorgenommene Eheschließung hat nicht die Nichtigkeit der Ehe zur Folge (art. 2 II).

b) Die Grundsätze des deutschen IPR

Grundsätzlich bestimmt die Folgen der Fehlerhaftigkeit das verletzte Recht, das nach art. 1 (Art. 13 EGBGB) und art. 5 (Art. 13 II EGBGB) zur Anwendung kommt⁵⁰⁾. Heiraten zwei Italiener in Deutschland, und ein Ehegatte erhebt die Nichtigkeitsklage, kommt also italienisches Recht zur Anwendung, wenn die Parteien einen Verstoß gegen ein italienisches Eheverbot etc. geltend machen, deutsches Recht dagegen, wenn die Form verletzt wird.

Haben die Beteiligten verschiedene Staatsangehörigkeit, so ist von folgenden Grundsätzen auszugehen. Ist nur ein Heimatrecht verletzt, so bestimmt dieses auch die Folgen. Sind beide Heimatrechte verletzt, so gilt das Recht,

⁴⁹⁾ Ausführlich ist das Delibationsverfahren unten S. 72 ff. bei der Scheidung behandelt.

⁵⁰⁾ Das entspricht auch der Auffassung des italienischen IPR; vgl. Monaco, a. a. O. S. 148: „La molteplicità dei requisiti matrimoniali determina sovente il sorgere di cause di nullità. Tali cause possono promanare dai requisiti intrinseci dell'istituto ed in tal caso dovranno valutarsi secondo la legge che regola i requisiti stessi; ma esse possono derivare anche da difetti di forma, ed allora bisognerà rifarsi alla legge che disciplina la forma del matrimonio.“

das die weitergehenden Folgen bestimmt⁵¹⁾. Eine Ausnahme gilt für die Verletzung der Form; hier wird für in Deutschland geschlossene Ehen nur an deutsches Recht, für in Italien geschlossene Ehen nur an italienisches Recht angeknüpft.

Diese Grundsätze sind von dem Grundgedanken der Notwendigkeit der einheitlichen Behandlung des Rechtsinstituts der Ehe beherrscht⁵²⁾.

3. Das italienische materielle Recht

Von den wenigen Fällen, für die eine gemeinsame Sachnorm vorhanden ist, abgesehen, muß auf die nationalen Regelungen zurückgegriffen werden. Somit ist eine Darlegung des italienischen materiellen Rechts erforderlich; der Vergleich mit dem deutschen Recht ergibt dann, wenn beide der auf Grund art. 1 Haager Eheschließungsabkommen berufenen Rechtsordnungen verletzt sind, den Ausschlag zu Gunsten der Anwendung des „ärgeren Rechts“.

Das italienische Recht kennt neben dem *matrimonium non existens* nur die durch Urteil vernichtbare „nichtige“ Ehe. Eine Eheaufhebung ist dem italienischen Recht fremd. Die Nichtigkeit der Ehe wirkt *ex tunc*, wie im deutschen Recht.

Ein wichtiges Rechtsinstitut ist das „*matrimonio putativo*“. Art. 128 C. c. bestimmt, daß für gutgläubige Ehegatten bis zur Rechtskraft des Ehenichtigkeitsurteils die Ehe als gültig betrachtet werden soll. Auch im deutschen Recht spielt der gute Glaube hinsichtlich der Eehindernisse eine Rolle (§ 26 EheG.). Er ist aber hier nur für die Vermögensbeziehungen von Bedeutung. Ein weiterer Unterschied zum italienischen Recht ist, daß dem gutgläubigen Ehegatten freie Hand gelassen wird, auch die gesamten Nichtigkeitsfolgen *ex tunc* eintreten zu lassen (§ 26 II EheG.).

Im italienischen Recht gilt die Ehe bei gutem Glauben bis zur Rechtskraft des Urteils hinsichtlich aller Ehwirkungen als bestehend. War nur ein Ehegatte gutgläubig, kommt dies nur ihm und den Kindern zugute. Der gute Glaube wird sogar vermutet, der böse Glaube muß bewiesen werden. Der Grundsatz des art. 1147 III C. c. findet als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips auch hier Anwendung⁵³⁾. Es ist also die *ex-tunc*-Wirkung der Ehenichtigkeit

⁵¹⁾ Siehe hierzu Dölle, „Zur Behandlung der bigamischen Ehe im Internationalen Privatrecht“, Festschrift für *Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, S. 134 ff; dagegen *Betti*, „*Problematica del diritto internazionale*“, Milano 1956, S. 414/415 für das „mildere“ Recht.

⁵²⁾ Siehe Dölle, a. a. O. S. 140/141.

⁵³⁾ Dies ist die herrschende Meinung in Lehre und Rechtsprechung; vgl. *Gangi*, a. a. O. 1953 S. 193, *Jemolo*, a. a. O. S. 183 spricht von einem „*principio di reciproco affidamento, di rispetto alla dignità umana*“; vgl. auch *trib. Roma*, 8. 5. 1946, *Giur. it.* 1947, I, 2, 240 sowie die bei *Salvi* in der Entscheidungssammlung zur Putativehe verzeichneten Urteile in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1949 S. 706, *Salvi* selbst teilt diesen Standpunkt nicht.

von dem Beweis des bösen Glaubens abhängig. Wichtig ist, daß das *matrimonio putativo* für alle Fälle der Vernichtbarkeit der Ehe gilt.

Es bleiben bestehen die „*emancipatio ex lege*“ des art. 390 C. c., die der bösgläubige, minderjährige Ehegatte verliert. Die Ehefrau behält die Staatsangehörigkeit und den Namen des Mannes. Die gutgläubige Ehefrau hat außerdem den Vorteil einer Legalthypothek, die die Rückgabe der „*dos*“ garantiert.

Das Gestaltungsrecht zur Vernichtung der Ehe entfällt im italienischen Recht:

a) durch Zeitablauf

- aa) art. 117 III C. c. mit art. 87 IV C. c. bei Verwandtschaft und Schwägerschaft in indirekter Linie, Adoption, Pflegekindschaft (6 Monate);
- bb) art. 118 I C. c. bei Verstößen gegen das Alterserfordernis (1 Monat nach Erreichung der Ehefähigkeit);
- cc) art. 121 II und III bei fehlender Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (1 Monat nach Erlangung der Volljährigkeit bzw. 3 Monate, nachdem der Zustimmungsberechtigte von der Heirat Kenntnis erhielt);

b) durch Schwangerschaft der noch nicht ehemündigen Ehefrau (art. 118 II C. c.);

c) durch einmonatiges Zusammenleben („*coabitazione*“)

- aa) bei Entmündigten (art. 119 II);
- bb) bei Geisteskranken, nachdem sie wieder in den Besitz der geistigen Kräfte gelangt sind (art. 120 C. c.);
- cc) bei Irrtum und Drohung nach Erkenntnis des Irrtums oder Erlangung der „*piena libertà*“.

4. Die praktischen Folgen bei der Anwendung des Grundsatzes des „ärgeren Rechts“

a) „*matrimonio putativo*“

Sind Ehegatten, die bei der Eingehung der Ehe verschiedene (deutsche und italienische) Staatsangehörigkeit besaßen, gutgläubig hinsichtlich eines Ehehindernisses gewesen, das sich in beiden Rechtsordnungen findet, ergibt sich das Problem, welche Rechtsordnung anwendbar sein soll. Insbesondere ist es die Frage, ob diese Ehe *ex tunc* oder *ex nunc* aufgelöst werden soll, bzw. ob die *ex-nunc*-Wirkung nur dem italienischen Ehegatten zugute kommen soll. Dieses Problem hat Dölle⁵⁴⁾ für die bigamische Ehe untersucht, es gilt aber auch gleichermaßen für die Ehe unter Geschäftsunfähigen, die blut-

⁵⁴⁾ Zit. Anm. 51.

schänderische Ehe etc. Bei der nach beiden Rechtsordnungen nichtigen Ehe ist das deutsche Recht das „ärgere Recht“, da es den guten Glauben nur für die vermögensrechtlichen Beziehungen von Bedeutung sein läßt.

Dölle hat dies damit begründet, daß die italienischen eherechtlichen Normen auf die Ehe als Ganzes zielen. „Ihr Gerechtigkeitsgehalt wird verfälscht, wenn man sie jeweils nur auf einen Ehegatten anwendet und den anderen einer Rechtsordnung überläßt, die mit der eigenen nicht harmoniert.“

„Es kann doch nicht bezweifelt werden, daß das italienische Recht die Bevorzugung des gutgläubigen Gatten nur unter der Voraussetzung wünscht, daß sie jedem Gutgläubigen zugute kommt⁵⁵⁾“.

b) Die ohne Genehmigung der gesetzlichen Vertreter geschlossene Ehe

Die Ehe zweier nach ihrem jeweiligen Heimatrecht Minderjähriger ist, wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters fehlt, nach italienischem Recht nichtig (art. 121 C. c.), nach deutschem Recht aufhebbar (§ 30 EheG.). Das bedeutet also, daß das italienische Recht als das „ärgere Recht“ zur Anwendung kommt. Die Ehe ist mit ex-tunc-Wirkung vernichtbar.

Handelt es sich um ein „matrimonio putativo“ (der gute Glaube hinsichtlich eines Ehehindernisses kann auch auf einem Rechtsirrtum beruhen), tritt die von beiden Rechten gewollte ex-nunc-Wirkung ein.

c) Willensmängel

Wir haben oben gesehen, daß der deutsche Ehegatte eine weit größere Möglichkeit zur Eheanfechtung hat als der italienische. Die Folgen bestimmt auch hier wieder das verletzte Recht.

Bei Identitätsirrtum und Drohung geben beide Rechtsordnungen ein Anfechtungsrecht. Da aber nur jeweils einem Ehegatten ein Anfechtungsrecht zusteht (von dem unwahrscheinlichen Fall abgesehen, daß beide Ehegatten einem Identitätsirrtum unterliegen), kommt auch nur das verletzte Recht zur Anwendung; ein Vergleich ist nicht notwendig. Ficht also der italienische Ehegatte wegen Drohung die Ehe an, ist die Ehe nichtig (art. 122 C. c.); hinsichtlich des Ehegatten, der der Drohung unterlag, tritt nur eine Wirkung ex nunc ein (art. 129 C. c.). Ficht der deutsche Ehegatte die Ehe wegen Drohung an, wird die Ehe mit ex-nunc-Wirkung aufgehoben.

⁵⁵⁾ Das italienische IPR kommt auch zu einem einheitlichen Ergebnis. Monaco, a. a. O. S. 149 spricht, was das „matrimonio putativo“ anbetrifft, bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten von „ostacoli insormontabili“, wenn man die Heimatrechte der Ehegatten anwenden würde. Er spaltet daher alle Wirkungen des „matrimonio putativo“ auf und wendet art. 18, 19 disp. pr. analog an, was dann meistens auf die Anwendung des Rechts des Ehemannes hinausläuft; so auch Balladore-Pallieri, a. a. O. S. 186–188; Betti, Problematika, a. a. O. S. 436/437.

5. Probleme der Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe und das Gestaltungsrecht zur Vernichtung der Ehe

a) Privatpersonen

„Anfechtungsberechtigt ist diejenige Seite, der ihr Statut das Recht gibt, die Ehe anzugreifen⁵⁶⁾.“ Dieser Satz *Frankensteins* bedeutet, daß nur die Anfechtungsrechte, die die eigene Rechtsordnung gewährt, beachtlich sind. Haben beide eine Täuschung verübt, kann nur der deutsche Ehegatte anfechten. Sind beide impotent, kann nur der italienische Ehegatte die Anfechtung auf diesen Grund stützen. Fallen Anfechtungsgrund und Gestaltungsrecht auseinander, wie bei der „*impotentia generandi*“, wo die italienische Rechtsordnung nur dem anderen Ehegatten ein Anfechtungsrecht gewährt, kann der italienische Ehegatte wegen „*impotentia generandi*“ des deutschen, nicht aber der deutsche wegen „*impotentia generandi*“ des italienischen Ehegatten die Ehe anfechten. Im letzten Fall steht dem italienischen Ehegatten ebenfalls kein Anfechtungsrecht zu⁵⁷⁾.

Handelt es sich um zweiseitige Eheverbote, erleidet der obengenannte Grundsatz eine Ausnahme⁵⁸⁾. Es kann auch der italienische Ehegatte die Ehe wegen Ehebruchs (§ 22 EheG.) anfechten, auch der deutsche Ehegatte kann die nur nach italienischem Recht beachtlichen Eheverbote geltend machen.

Was den Kreis der anfechtungsberechtigten Privatpersonen betrifft, so bestimmt ihn das auf Grund art. 1 Haager Eheschließungsabkommen berufene Recht. Die Ehe eines Deutschen mit seiner italienischen Nichte kann daher von jedermann angefochten werden, der daran ein berechtigtes Interesse hat (art. 117 mit art. 87 Ziffer 3 C. c.). Diese Person muß nicht auch die italienische Staatsangehörigkeit besitzen.

Die Vorschrift des art. 117 C. c. über den Kreis der anfechtungsberechtigten Personen ist materiellrechtlich zu qualifizieren, da es sich um ein subjektives Vernichtungsrecht, nicht um einen „*modus procedendi*“ handelt⁵⁹⁾.

⁵⁶⁾ *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 200.

⁵⁷⁾ Vgl. *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 200;.

Die oben vertretene Auffassung findet eine Stütze bei *Kahn*, a. a. O. S. 63: „Nicht dem Impotenten soll die Ehe verboten werden, sondern der andere Ehegatte soll gegen die Ehe mit einem Unvermögenden geschützt sein. Hier muß es also gerade auf das Recht des anderen Ehegatten ankommen.“ Bei Impotenz eines Ehegatten soll also das Recht des anderen Ehegatten entscheiden. Dies entspricht auch der Billigkeit. Der italienische Ehegatte verliert nicht eines der wenigen möglichen Gestaltungsrechte, während der deutsche sich an den gegenüber dem italienischen Recht wesentlich weitherzigeren Katalog der Willensmängel halten kann.

⁵⁸⁾ *Lauterbach*, a. a. O. S. 33, Anm. 60; *Raape*, IPR, a. a. O. S. 230, Anm. 2 mit Nachweisen.

⁵⁹⁾ *Dölle*, a. a. O. S. 136.

b) *Anfechtungsrechte von staatlichen Beamten im Dienst des öffentlichen Interesses*

Ein Anfechtungsrecht des italienischen Staatsanwaltes („pubblico ministero“), das sich in art. 117 C. c. findet, geht nicht etwa auf den deutschen Staatsanwalt über⁶⁰⁾. Solche Vorschriften sind, obwohl sie materiellrechtlich zu qualifizieren sind, nur im Jurisdiktionsgebiet des Staates zu verstehen, der diese Norm erlassen hat. So hat der deutsche Staatsanwalt nur die Befugnisse, die ihm das deutsche Recht zuerkennt⁶¹⁾. Kommt dieses nicht zur Anwendung, kann der deutsche Staatsanwalt weder auf Grund deutschen, noch auf Grund italienischen Rechts eingreifen.

Haben die Ehegatten verschiedene Staatsangehörigkeit, kann der deutsche Staatsanwalt auf Grund § 24 EheG. anfechten⁶²⁾.

6. Die in Deutschland geschlossene Ehe eines in Deutschland geschiedenen Italieners

Wie wir oben gesehen haben, können in Deutschland geschiedene Italiener nicht eine neue Ehe eingehen. Haben sie trotzdem eine neue Ehe geschlossen, sei es, daß Befreiung vom Ehefähigkeitszeugnis gewährt wurde, oder, daß der Standesbeamte dem deutschen Scheidungsurteil Bedeutung auch für die Wiederheirat zumaß, ergibt sich, daß diese neue Ehe nach italienischem Recht bigamisch ist. Auf eine Nichtigkeitsklage des deutschen Ehegatten hin müßten wir diese Ehe für nichtig erklären, da gegen ein auf Grund art. 1 Haager Eheschließungsabkommen beachtliches Eheverbot verstoßen worden ist.

⁶⁰⁾ Dölle, a. a. O. S. 139; a. A. Beitzke, „Der deutsche Staatsanwalt im Statusprozeß von Ausländern“, RabelsZ, 1958, S. 708 ff. Ich möchte hier der Meinung von Dölle vom Standpunkt des italienischen Rechts den Vorzug geben, der einen Übergang der Befugnisse des italienischen auf den deutschen Staatsanwalt auf Grund der Unvereinbarkeit der jeweiligen öffentlichen Interessen, die zur Anfechtung führen, verneint. Wenn Beitzke schreibt, daß das Interesse am Schutz der Ehe gemeinsam sei, so ist darauf hinzuweisen, daß zwischen der unauflösliehen italienischen Ehe und der deutschen durch Scheidung lösbaren Ehe ein Unterschied besteht, der eine Verschiedenheit der öffentlichen Interessen der jeweiligen Länder bedingt. Man wird auch darauf achten müssen, wie sich Italien zu der Anerkennung von Urteilen, die durch die Klage deutscher Staatsanwälte auf Grund italienischen Rechts ergangen sind, stellt. Sollte man jedoch in krassen Fällen ein Anfechtungsrecht des deutschen Staatsanwaltes auf Grund art. 117 C. c. annehmen, dann nur (wie es ja auch letztlich Beitzke befürwortet), wenn der italienische Nichtigkeitsgrund dem deutschen entspricht, wie das bei art. 117 C. c. in Verb. mit art. 84, 86, 87 Ziffer 1 und 2 C. c. der Fall wäre.

⁶¹⁾ Eine dem Art. 18 II EGBGB entsprechende Vorschrift fehlt in Art. 13 EGBGB.

⁶²⁾ Das folgt daraus, daß hier Ehenichtigkeitsstatut neben dem italienischen Recht nach Art. 13 I (vgl. Raape, IPR, a. a. O. S. 233) bzw. art. 1 Haager Eheschließungsabkommen deutsches Recht ist, das auch über die subjektiven Vernichtungsrechte entscheidet.

Raape spricht sich jedoch für die Gültigkeit dieser neuen Ehe aus. Die neue Ehe bewirke ein „fait accompli“, das wir nicht aus der Welt schaffen könnten⁶³).

Dieser These ist zuzustimmen. Daß die Folgen eines Verstoßes gegen ein Eheverbot sich nach dem verletzten Recht bestimmen, hindert uns nicht, daß wir in einem Ausnahmefall, „aus Respekt vor dem deutschen Scheidungsurteil“ (*Raape*), die Ehe gültig sein lassen. Dies sind keine ordre-public-Erwägungen im technischen Sinne. Die Ehe ist „nichtig“, aber wir können sie nicht vernichten. Ein deutsches Nichtigkeitsurteil, das sich auf die Nichtanerkennung eines deutschen Scheidungsurteils in Italien stützt, ist nicht gut denkbar. Auch werden so weitere Unsicherheiten und Komplikationen verhindert.

7. Die Wirkungen der Nichtigkeit der Ehe für die gemeinsamen Kinder

Nach deutschem Recht behalten die gemeinsamen Kinder aus einer nichtigen Ehe ihre Stellung als eheliche Kinder (Art. 25 EheG.). Diese Vorschrift wird im deutschen Internationalen Privatrecht auch dann aufrechterhalten, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit besaß und die Ehe nach beiden Rechtsordnungen nichtig ist. Es greift hier nicht etwa der deutsche ordre public ein, sondern dies ergibt sich aus der Anwendung des Grundsatzes der weitergehenden Folgen. „Dem die Eheangreifbarkeit im weiteren Umfang anerkennenden Recht entspricht hier also logisch das die Ehelichkeit weitergehend begünstigende Recht⁶⁴).“ Dieses ist das deutsche Recht, da die Kinder ohne Rücksicht auf den guten Glauben der Eltern ehelich bleiben.

Handelt es sich um Italiener, deren Ehe in Deutschland für nichtig erklärt wurde, kommt italienisches Recht zur Anwendung, und es ergeben sich hierbei für die Stellung der Kinder mehrere Probleme des materiellen Rechts, die z. T. in der Lehre und Rechtsprechung heftig umstritten sind. Es ist zweckmäßig zu unterscheiden:

a) Bigamie

aa) Beide Eltern bösgläubig

Ist die Ehe wegen Bigamie für nichtig erklärt worden, werden durch die Eheauflösung die Kinder zu Ehebruchskindern („adulterini“). Sie können also zunächst nur durch den Teil anerkannt werden, der nicht durch eine Vorehe gebunden war, nach der Auflösung dieser Ehe durch den Tod auch durch den anderen Ehegatten (vgl. art. 252 C. c.).

⁶³) *Raape*, „Die hinkende Scheidung“ StAZ, 1958, S. 281 ff.

⁶⁴) *Dölle*, a. a. O. S. 143; zum gleichen Ergebnis kommt *Raape*, IPR, a. a. O. S. 324, wenn er „das den Kindern günstigere Recht“ für maßgebend erklärt; vgl. auch das allerdings etwas konstruierte Beispiel (Namensehe, aus der ein Kind hervorgegangen ist) in Anm. 125, a. gl. O.

Betti, a. a. O. S. 438, will für das italienische IPR das Recht des Muttergatten anwenden.

bb) Ein Elternteil gutgläubig

War ein Ehegatte gutgläubig hinsichtlich der Tatsache, daß der andere Ehegatte bereits durch eine Vorehe gebunden war, so gilt beiden gegenüber das Kind als ehelich, der bösgläubige hat jedoch nur die Pflichten, nicht die Rechte des ehelichen Vaters⁶⁵⁾.

b) Andere Ehehindernisse

aa) Beide Elternteile bösgläubig

Die während der später für nichtig erklärten Ehe geborenen Kinder sind uneheliche Kinder, unterliegen also den Regeln über die uneheliche Kindschaft. „Incestuosi“ können nicht anerkannt werden.

bb) Ein Elternteil gutgläubig

War ein Elternteil gutgläubig, haben beide die Pflichten, die aus der ehelichen Kindschaft erwachsen, der bösgläubige aber nur die Rechte des unehelichen Vaters bzw. der unehelichen Mutter⁶⁶⁾.

cc) Beide Eltern gutgläubig

Sind beide Elternteile gutgläubig, gelten die Kinder als ehelich. Dies gilt auch für Inzestkinder.

c) Vor der Eheschließung geborene Kinder

In allen Fällen, in denen trotz der angefochtenen Ehe die Kinder als ehelich gelten, tritt bei Kindern, die vor der Eheschließung geboren sind, „*legitimatio per subsequens matrimonium*“ ein.

d) Die außerhalb der angefochtenen Ehe geborenen Kinder⁶⁷⁾

Problematisch ist, welcher „status“ Kindern zukommt, die Ehebruchskinder wären, wenn die Ehe nicht mit Erfolg angefochten worden wäre.

⁶⁵⁾ Raape, „Die Rechtstellung des unehelichen Kindes nach dem neuen italienischen Zivilgesetzbuch“, Hamburg 1948, S. 69, will die Kinder nur dem gutgläubigen Ehegatten gegenüber als ehelich gelten lassen. Hierfür scheint der Wortlaut des art. 128 III C. c. zu sprechen: „Se uno solo dei coniugi è stato in buona fede, gli effetti valgono soltanto in favore di lui e dei figli.“

Dieser Artikel wird jedoch von der italienischen Lehre weiter ausgelegt. Gangi, a. a. O. 1953, S. 196: „Rispetto ai figli, il matrimonio putativo, siano in buona fede entrambi i coniugi o uno soltanto di essi, produce gli effetti di un matrimonio valido ad entrambi i genitori . . .“ Gangi gibt dem bösgläubigen Elternteil die Pflichten, die aus der unehelichen Kindschaft erwachsen (z. B. Erbrecht des Kindes), an Rechten jedoch nur die eines unehelichen Elternteils. Jemolo, a. a. O. S. 187, gibt dem bösgläubigen Elternteil die gleichen Rechte und Pflichten, wie dem gutgläubigen Elternteil.

⁶⁶⁾ Siehe oben, Anm. 65.

⁶⁷⁾ Siehe hierzu: Cicu, „Riconoscimento di figlio adulterino nato da matrimonio annullato“, in Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1951, S. 1121 ff; Jemolo, „Matrimonio annullato e figli adulterini“, Rivista di diritto privato, 1942, I, S. 32 ff; Fedele, „In tema di riconoscimento dei figli adulterini“, Giurisprudenza comparata di diritto civile, VIII (1944) S. 165 ff.

Klar ist, daß, wenn beide Eltern böswillig gewesen sind, es sich um nicht qualifizierte uneheliche Kinder handelt. Es kann also ein Anerkenntnis erfolgen.

Schwieriger ist es, wenn es sich um eine Putativehe handelt. Soll hier die Gutgläubigkeit, die die ex-nunc-Wirkung auslöst, zuungunsten der außerhalb der Putativehe geborenen Kinder wirken und sie zu Ehebruchskindern stempeln⁶⁸⁾? Letzteres ist das Ergebnis der formalen Logik und wird auch von einem Teil der Rechtsprechung und Lehre vertreten⁶⁹⁾. Andere wollen nur die günstigen Wirkungen eintreten lassen, wobei sich ein Streit entspinnt, was zu diesen zu rechnen sei⁷⁰⁾. Die neuere Rechtsprechung hat sich für die Möglichkeit der Anerkennung ausgesprochen⁷¹⁾. Die beste Begründung hierfür gibt *Jemolo*⁷²⁾: Die Wirkungen, von denen art. 128 C. c. spricht, gehen nur die Ehegatten und die gemeinsamen Kinder an; für die von einem Ehegatten und einem Dritten stammenden Kinder gelten die allgemeinen Regeln.

⁶⁸⁾ Dies wäre bei unehelichen Kindern der Fall, die aus der Beziehung des gutgläubigen Ehegatten zu einer dritten Person stammen. Handelt es sich um die Ehefrau, taucht das Problem nur auf, wenn der Ehemann die Ehelichkeit angefochten hat, da sonst die Kinder als ehelich gelten (dieses letztere Ergebnis wird also durch die ex-nunc-Wirkung der Putativehe sowie die Vaterschaftsvermutung bewirkt).

Trib. Napoli, 19. 12. 48 (Giur. it. 1950, I, 2, 298) ist der Auffassung, daß der bösgläubige Ehegatte nicht einmal die Ehelichkeit anfechten könne (ex-tunc-Wirkung, da böser Glaube). Hiergegen aber *Carresi*, „In tema di matrimonio putativo e di disconoscimento della paternità“, Giur. it. 1950, I, 2, S. 297 ff.

⁶⁹⁾ So Provvedimento des procuratore generale am Appellationsgericht Milano vom 19. 6. 1942 in Foro it. 1942, I, 927 ff; aus den Gründen: „ora, se i figli nati dal matrimonio putativo sono e restano legittimi anche dopo l'annullamento di esso, i figli nati fuori tale matrimonio in costanza dello stesso non possono essere considerati che adulterini.“

⁷⁰⁾ Siehe hierzu *Cicu*, „Riconoscimento . . .“, a. a. O. S. 1124 sowie *Jemolo*, „Il matrimonio“, a. a. O. S. 185, Anm. 12.

⁷¹⁾ Appell. Firenze. 20. 4. 1951 in Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1951, S. 1121 ff: „La norma eccezionale dell'art. 128 C. c. è dettata a favore dei figli e del coniuge di buona fede e come tale non può essere interpretata contro di essi per far ritenere come valido un matrimonio nullo e quindi regolarmente coniugata (e perciò adulterini i figli da essa nati) una persona che era tale solo in apparenza.“

⁷²⁾ *Jemolo*, a. a. O. S. 185/186.

Drittes Kapitel

Die Ehwirkungen

I Der Einfluß der Eheschließung auf die Staatsangehörigkeit

Da sowohl das Haager Ehwirkungsabkommen als auch das EGBGB dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgen, ist es von großer Wichtigkeit, zunächst einmal den Einfluß der Eheschließung auf die Staatsangehörigkeit zu betrachten.

1. Alter Rechtszustand

Vor dem 1. 4. 1953, an dem der Art. 3 II GG uneingeschränkt in Kraft trat (Art. 117 GG), verlor die deutsche Frau, die einen Italiener geheiratet hatte, die deutsche Staatsangehörigkeit, da sie durch die Heirat Italienerin wurde (§ 17 Ziffer 6 alter Fassung RuStaG, art. 10 II, Satz 1 legge 13. 6. 1912 n. 555 sulla cittadinanza italiana). Die Italienerin, die einen Deutschen heiratete, erwarb die deutsche (§ 6 RuStaG) und verlor die italienische Staatsangehörigkeit, wenn sie ihren Wohnsitz nach Deutschland verlegte (art. 8 Ziffer 1, legge citt.¹⁾), was bei Fällen, die vor deutschen Gerichten spielen, ausnahmslos der Fall sein dürfte.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß vor dem 1. 4. 1953 bei Eheschließungen zwischen Deutschen und Italienern jeweils die Frau die Staatsangehörigkeit des Mannes erwarb.

2. Neuer Rechtszustand

Durch das uneingeschränkte Wirksamwerden des Art. 3 Abs. II GG am 1. 4. 1953 trat ein neuer Rechtszustand ein. Die Staatsangehörigkeit der Frau ist jetzt von der des Mannes unabhängig²⁾. Das bedeutet, daß die deutsche Frau, die einen Italiener heiratet, jetzt die italienische Staatsangehörigkeit erwirbt, die deutsche aber behält. Die Italienerin erwirbt bei der Eheschließung mit einem Deutschen nicht mehr automatisch die deutsche

¹⁾ In art. 8 Ziffer 1 legge citt. kommt es darauf an, daß die neue Staatsangehörigkeit „spontaneamente“ erworben wird. „La spontaneità è concetto diverso dalla volontarietà e presuppone una volontà assolutamente libera.“ (trib. Roma, 25. 2. 1958 in Riv. di dir. intern. 1958, S. 631). Das war bei der Einbürgerung nach § 6 RuStaG alter Fassung gegeben.

²⁾ *Beitzke*, Familienrecht, a. a. O. S. 40 ff.

Staatsangehörigkeit, was auf der anderen Seite zur Folge hat, daß sie die italienische behält³⁾).

Somit tritt zu der verschiedenen Staatsangehörigkeit der Eheleute in manchen Fällen auch noch das Phänomen der doppelten Staatsangehörigkeit eines Ehegatten. Ob im letzteren Falle der „organische Zusammenhang“ in dem Wohnsitz oder in der Verbindung mit einem Italiener zu sehen ist, läßt sich wohl nur nach Maßgabe des Einzelfalles entscheiden⁴⁾. Die Rechtsprechung tendiert dazu, nur die deutsche (inländische) Staatsangehörigkeit zu beachten⁵⁾.

II Das Haager Ehwirkungsabkommen und seine Geltung

1. Einleitung

Das sogenannte Haager Ehwirkungsabkommen⁶⁾ vom 17. 7. 1905 trat zwischen Italien und Deutschland am 23. 8. 1912 in Kraft⁷⁾. Zwischen Italien und Deutschland trat der Kriegszustand am 26. 8. 1916 ein. Die Weitergeltung der Verträge war umstritten. Art. 282 Versailler Vertrag erwähnt das Haager Ehwirkungsabkommen nicht, womit dieses spätestens am 10. 1. 1920, dem Tag des Inkrafttretens des Versailler Vertrages, seine Wirkung verlor.

1928 wurde zwischen Italien und Deutschland die bilaterale Weitergeltung des Abkommens vereinbart. Dasselbe geschah nach dem zweiten Weltkrieg zwischen Italien und der Bundesrepublik. Das Abkommen gilt wieder seit 1. Mai 1952^{7a)}.

³⁾ In der Regel wird sie wohl von der ihr im Gesetz gebotenen Möglichkeit Gebrauch machen, durch Option vor dem deutschen Standesbeamten die deutsche Staatsangehörigkeit zu erwerben; vgl. § 6 RuStaG neue Fassung vom 19. 8. 57.

⁴⁾ Siehe hierzu *Murad Ferid*, „Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Inländern mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit“, *RabelsZ* 1958, S. 498 ff (Festgabe für *Alexander Makarov*) insbesondere S. 508; *Zvonk R. Rode*, „Dual nationals and the doctrine of dominant nationality“, in *The American Journal of International Law*, 1959, S. 139 ff.

⁵⁾ Vgl. z. B. OLG Hamm 1. 7. 1955 NJW 1955 S. 1724 ff; so auch im italienischen Recht, vgl. *Biscottini*, „Sul problema della doppia cittadinanza nel diritto italiano“, *Riv. di dir. intern.* 1958 S. 634.

⁶⁾ „Convention concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux“. Der Text der Konvention ist französisch. Text siehe im Anhang zum Codice civile, herausgegeben von *Franchi, Feroci, Ferrari*, Milano, 1958. Gesetzesartikel ohne nähere Bezeichnung beziehen sich in diesem Kapitel auf das Haager Ehwirkungsabkommen.

⁷⁾ In Italien wurde das Abkommen bereits am 27. 6. 1909 ratifiziert. Daten nach *Makarov*, „Die Quellen des IPR“, 1929, S. 342 ff, sowie nach *Giannini*, „Le convenzioni di diritto internazionale privato“, Milano 1953 S. 91, Anm. 24.

^{7a)} Vgl. Bekanntmachung über die Wiederanwendung von vier Abkommen über das Internationale Privatrecht vom 14. 2. 1955 in BGBl. 1955 II S. 188.

2. Die Geltung des Abkommens in persönlicher und sachlicher Hinsicht

a) Persönliche Beziehungen der Ehegatten

Nach art. 1, I unterstehen die persönlichen Beziehungen der Ehegatten ihrem Heimatrecht. Dieser Grundsatz wird durch art. 9 II ergänzt dahingehend, daß bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten ihr letztes gemeinsames Heimatrecht angewandt werden soll. Das Statut für die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten ist wandelbar (art. 9 I).

Für die persönlichen Ehwirkungen zwischen Ehegatten, von denen der eine die deutsche, der andere die italienische Staatsangehörigkeit besitzt, gilt also dieses Abkommen nicht, es sei denn, daß sie einmal ein gemeinsames Heimatrecht eines Vertragslandes besaßen⁸⁾. Für die Fälle nach dem neuen Rechtszustand (siehe oben) ist hierauf besonders zu achten.

b) Güterrechtliche Beziehungen

aa) Gesetzliche Güterzustände

Wenn kein Ehevertrag geschlossen worden ist, gilt der gesetzliche Güterzustand des Heimatrechts des Ehemannes als Güterzustand der Eheleute (art. 2 I). Das Güterrechtsstatut ist unwandelbar (art. 2 II). Italienisches Recht kommt also immer dann zur Anwendung, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung Italiener war.

bb) Vertragliche Güterstände

Die „capacité“, einen Ehevertrag zu schließen, bestimmt vor der Ehe das jeweilige Heimatrecht der Verlobten. „Capacité“ bedeutet in art. 3 sowohl Geschäftsfähigkeit als auch die Berechtigung, einen Ehevertrag überhaupt zu schließen⁹⁾.

Die Zulässigkeit eines Ehevertrages oder dessen Abänderung während der Ehe bestimmt sich nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Eheleute (art. 4), wobei für den Fall, daß die Eheleute kein gemeinsames Heimatrecht besitzen, die letzte ihnen gemeinsame Rechtsordnung maßgebend sein soll (art. 9 II). Für Eheleute, die weder ein gemeinsames Heimatrecht besitzen noch besaßen, gilt also dieses Abkommen hinsichtlich der Eheverträge während der Ehe und der Abänderung von Eheverträgen nicht¹⁰⁾.

⁸⁾ So Morelli, a. a. O. S. 112; Martin Wolff, a. a. O. S. 198; Soergel-Kegel, a. a. O. S. 167; siehe auch Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 222/223.

⁹⁾ Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 330; a. A. Martin Wolff, a. a. O. S. 202/203, der anscheinend den art. 4 auch auf die Zulässigkeit von Eheverträgen vor der Ehe (analog?) anwenden will; siehe hierzu auch Cluzel, „Du régime matrimonial d'après la Convention de La Haye du 17. juillet 1905“, *Clunet*, Jg. 40 1913 S. 769 ff, S. 1118.

¹⁰⁾ Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 330.

Das Statut für vertragliche Güterstände ist im Gegensatz zu dem Statut für gesetzliche Güterstände wandelbar (art. 9 I), aber nur dann, wenn es sich um in art. 4 und 5 genannte Materien handelt.

„Ist der Vertrag zulässig, bestimmt sich der Inhalt nach dem Heimatrecht des Mannes“ (art. 5)¹¹⁾. Die Form beider Heimatrechte muß gewahrt sein¹²⁾.

III Der der Regelung des EGBGB verbleibende Bereich

1. Die persönlichen Beziehungen der Ehegatten mit verschiedener (deutscher und italienischer) Staatsangehörigkeit¹³⁾

Nach der hM wird in diesem Falle an das Heimatrecht des Ehemannes angeknüpft¹⁴⁾. Italienisches Recht kommt also zur Anwendung, wenn der Ehemann Italiener ist.

2. Eheverträge während der Ehe und die Abänderung der Eheverträge von Eheleuten verschiedener (d. h. italienischer und deutscher) Staatsangehörigkeit

Diese vom Haager Ehwirkungsabkommen nur für Eheleute mit gleicher Staatsangehörigkeit geregelte Materie untersteht dem Art. 15 EGBGB. Danach ist das Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung maßgebend. Die gleiche Regelung findet sich in art. 19 II disp. pr. Italienisches Recht kommt damit zur Anwendung, wenn der Ehemann Italiener ist. Über die praktischen Folgen des art. 15 II Satz 2 EGBGB siehe unten S. 61 ff.

3. Die vom Haager Abkommen überhaupt nicht geregelten Materien

a) *Ausdrückliche Ausnahmen*

Die Vorschriften zum Schutze Dritter bei der Geltendmachung des Güterstandes bleiben der Regelung eines jeden Vertragsstaates vorbehalten (art. 8 Ziffer 1). So gilt demnach über art. 8 I der § 1412 BGB (neue Fassung) in Verbindung mit Art. 16 I EGBGB, der den ausländischen Güterstand hierin einem inländischen vertragsmäßigen gleichstellt.

¹¹⁾ *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 355.

¹²⁾ Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß art. 6 II praktisch art. 6 I außer Kraft setzt. Siehe hierzu *Morelli*, a. a. O. S. 116; *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 355.

¹³⁾ Vorausgesetzt ist natürlich, daß sie kein gemeinsames Heimatrecht eines Vertragsstaates in der Vergangenheit besaßen, da sonst art. 9 II eingreift.

¹⁴⁾ So *Raape*, IPR, a. a. O. S. 309; *Martin Wolff*, a. a. O. S. 197/198; *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 275 ff; *Dölle*, „Die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten im Deutschen Internationalen Privatrecht“, *RebelsZ* XVI (1951) S. 364 ff; *Ferid*, Vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe“, in *Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs*, a. a. O. S. 114 ff, S. 122/123; das italienische IPR knüpft in diesem Falle ebenfalls an das Recht des Ehemannes an, nur kommt es hier auf die Zeit der Eheschließung an.

Nach art. 8 Ziffer 2 bleiben unberührt Vorschriften zum Schutze Dritter im Handelsverkehr mit einer Ehefrau („Gewerbefrau“) ¹⁵⁾, also § 1405 BGB (alter Fassung) und die §§ 1431 und 1456 BGB (neuer Fassung), diese bei ausländischem Güterstatut auch dann, wenn sie Dritten günstiger sind (Art. 16 II EGBGB) als die ausländischen Vorschriften, sowie § 11 R.Gew.O. (Art. 36 EGBGB) ¹⁶⁾.

b) Stillschweigende Ausnahmen ¹⁷⁾

Die Frage der „capacité“ ist nur in bezug auf den Ehevertrag geregelt worden. Eine allgemeine Regelung von „capacité“ und „état“ der Ehefrau ¹⁸⁾ wurde einer späteren Konferenz vorbehalten ¹⁹⁾. Ebenso fällt die „praesumptio Muciana“ nicht unter das Abkommen, das, wie art. 2–7 zeigen, nur die güterrechtlichen Wirkungen im engeren Sinne umfaßt ²⁰⁾.

Diese Lücke wird durch die Regelung des EGBGB geschlossen. Somit ergibt sich, daß für die Schlüsselgewalt, die „praesumptio Muciana“, und für die Verfügungsbeschränkungen der Ehefrau Art. 14 bzw. Art. 15 EGBGB zur Anwendung kommen. Außerdem gilt Art. 16 II EGBGB. Unter „état“ der Ehefrau fällt insbesondere das Namensrecht der Ehefrau, das nach herrschender Meinung vom Personalstatut bestimmt wird ²¹⁾.

¹⁵⁾ Siehe hierzu *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 379. Es handelt sich nur um selbständig kaufmännisch oder gewerblich tätige Ehefrauen.

¹⁶⁾ *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 169; will hierunter § 11a der Gewerbeordnung nur fallenlassen, wenn sich die Beschränkung aus dem Güterrecht ergibt.

¹⁷⁾ Die folgenden Ergebnisse werden aus einer historischen Interpretation des französischen Vertragstextes gewonnen. Zu dieser Methode siehe *Vischer*, „Die rechtsvergleichenden Tatbestände im Internationalen Privatrecht“, Basel 1953, S. 42.

¹⁸⁾ *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 239; *Lainé*, „La Conférence de La Haye relative au droit international privé“, *Clunet* 1907, S. 899 schreibt: „Mai, en ce qui concerne la capacité de la femme, la commission ne put aboutir à une entente e, le désaccord ayant persisté en séance plénière, la Conférence a du provisoirement, écarter ce sujet“.

¹⁹⁾ *Cluzel*, a. a. O. S. 779, „... la question fut sagement renvoyée à une autre Conférence ultérieure“.

²⁰⁾ *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 379; *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 167; *Martin Wolff*, a. a. O. S. 201.

²¹⁾ Das gilt aber nur für den Schutz des Namens; die Einwirkungen der Ehe auf den Namen der Ehefrau bestimmen sich nach dem Statut für die persönlichen Ehwirkungen. Vgl. *Ficker*, „Das Recht des bürgerlichen Namens“, Frankfurt am Main 1950, S. 101/102; *Dölle*, „Persönliche Rechtsbeziehungen der Ehegatten in Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, Tübingen-Paris 1955, S. 75/76; *Schmitt-Peters*, „Die Eintragungen in deutsche Personenstandsbücher in Fällen mit Auslandsberührung“ Frankfurt am Main — Berlin 1960, S. 68; *Kegel*, „Internationales Privatrecht“, München und Berlin 1960, S. 196; *Raape*, a. a. O. S. 311; *Martin Wolff*, a. a. O. S. 198. Heiratet ein Italiener eine Deutsche, so kommt also über eine analoge Anwendung des Art.

IV Allgemeine Fragen zur Anwendung des Haager Ehwirkungsabkommens

1. Das Haager Ehwirkungsabkommen und der Renvoi

Die Vorschriften des Haager Ehwirkungsabkommens sind durch die Verkündung in Deutschland innerstaatliches Kollisionsrecht geworden. Sie ersetzen daher die einschlägigen Kollisionsnormen des EGBGB. Zu ihrem Wesen, als internationale Konventionen, gehört es, daß sie für die beteiligten Staaten das Recht hinsichtlich der geregelten Materie einheitlich bestimmen. Ihr Zweck ist es, eine Entscheidungsharmonie zu erreichen. Somit bleibt für eine „Gesamtverweisung“ und für einen Renvoi kein Raum, es sei denn, daß sich im Abkommen selbst ausdrückliche Hinweise finden ²²⁾.

2. Das Haager Ehwirkungsabkommen und der ordre public

Ein Eingreifen des ordre public gegen ausländische Rechtsinstitute, deren Anwendung das Haager Ehwirkungsabkommen befiehlt, ist nicht möglich, da das Abkommen dies nicht vorsieht. Lediglich für Sanktionen kann auf ihn zurückgegriffen werden (art. 1 II) ²³⁾.

3. Das Haager Ehwirkungsabkommen und die Qualifikation ²⁴⁾

Ein ausdrücklicher Hinweis, welchen Kriterien die Qualifikation der einzelnen Rechtsinstitute entnommen werden soll, findet sich im Haager Ehe-

14 EGBGB die Bestimmung des art. 144 C. c. zur Anwendung. Ein Renvoi findet nicht statt, da auch nach italienischem IPR (*Balladore Pallieri*, a. a. O. S. 177) das Ehwirkungsstatut die Frage bestimmt und über art. 18 disp. pr. italienisches Recht zur Anwendung kommen läßt. Die deutsche Ehefrau hat somit nicht das Recht, dem Namen des Ehemannes ihren Mädchennamen hinzuzufügen, obwohl sie die deutsche Staatsangehörigkeit behalten hat.

²²⁾ Art. 5 II „... se référer à une autre loi.“ gestattet keinen Renvoi wie art. 1 Satz 2 des Haager Eheschließungsabkommens, sondern betrifft nur den Inhalt des Vertrages, des sogenannten „Stichwortvertrages“ (*Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 357) (art. 161 C. c.).

²³⁾ *Martin Wolff*, a. a. O. S. 199; *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 256; *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 167; das Problem ist in RG 150, S. 283 ff nicht gesehen. Wenn *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 256, Anm. 20 ein Eingreifen des ordre public für die Fälle, in denen überhaupt kein Unterhaltsanspruch gegeben ist, befürwortet, da sich in keinem Vertragslande eine solche Bestimmung findet (also eine Art übernationaler ordre public des Vertragsinlandes), so übersieht er hierbei, daß in einem solchen Falle die Konvention gar nicht anwendbar ist (art. 10), wir also auf Art. 30 EGBGB direkt zurückgreifen können. Vgl. auch *Makarov*, zit. S. 37, Anm. 44.

²⁴⁾ Siehe hierzu *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 238 ff; *Niboyet*, „Le problème des „qualifications“ sur le terrain des traités diplomatiques“, *Revue critique de droit international* 1935 S. 1 ff; *Niboyet*, „Traité de Droit International Privé Français“, Tome III, *Conflits de Lois, d'Autorités et de Jurisdiction*, Paris 1944, S. 376, 380, Anm. 2; vgl. auch *Vischer*, a. a. O. S. 31 ff; *Bentivoglio*, „Droit privé uniforme“, in *L'Unification du droit (Unidroit)* Bd. IV, S. 126 ff. Das

wirkungsabkommen nicht. Wir haben gesehen, daß durch eine historische Interpretation der „état“ und die „capacité“ der Ehefrau nicht unter das Abkommen fallen.

Zwei kollisionsrechtliche Begriffe stehen sich im Haager Ehwirkungsabkommen gegenüber: „Rapports personnels“ und „les biens des époux“. Unter dem letzteren Begriff will *Lainé*²⁵⁾ die „rapports pécuniaires“ verstehen. Die Unterhaltspflicht soll jedoch, wie sich aus den Materialien ergibt, unter die „rapports personnels“ fallen²⁶⁾.

Weitere Anhaltspunkte ergeben sich nicht. Es handelt sich um eine echte Gesetzeslücke. Allerdings können sich stillschweigend aus dem Vertrag Qualifikationen ergeben²⁷⁾.

„Der Wille des Interpreten muß auf eine internationale Lösung bedacht sein²⁸⁾.“ Wenn diese aber nicht gefunden werden kann, weil sich aus dem Vertrag nichts ergibt, muß, wenn überhaupt die Konvention anwendbar bleiben soll, auf die „lex fori“ zurückgegriffen werden²⁹⁾. Wenn die Konvention absolut schweigt, ist die inländische Qualifikation der ausländischen vorzuziehen.

Qualifikationsproblem führte mit zur Kündigung des Haager Ehwirkungsabkommens durch Belgien; siehe *Ch. de Vischer*, „La dénonciation par la Belgique des Conventions de La Haye relatives au mariages, au divorce e à la separation de corps“, *Revue critique de droit international privé*, 1919, S. 624 ff; Zu dem Versuch, die Interpretationskonflikte der „Court Permanente de Justice Internationale“ zu unterstellen, sowie zu dem diesbezüglichen Vertrag siehe *Vallindas*, „L'evoluzione dottrinale intorno al problema dell'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto privato e di diritto internazionale privato“, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XIV S. 381 ff, insbesondere S. 389 ff, S. 396.

²⁵⁾ *Lainé*, a. a. O. S. 900; *Cluzel*, a. a. O. S. 772: „... il ne s'agit que des rapports concernant les époux quant à leurs personnes, en excluant tout ce qui peut avoir trait aux rapports pécuniaires proprement dits des conjoints“.

²⁶⁾ *Cluzel*, a. a. O. S. 773/774; *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 240; *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 167.

²⁷⁾ *Niboyet, Traité*, a. a. O. S. 380 ff, insbesondere S. 382.

²⁸⁾ *Niboyet*, „Problème . . .“, a. a. O. S. 21; vgl. auch *Frankenstein* in seinem Entwurf: „En aucun cas ils ne pourront être interprétés dans le sens technique qu'ils révèlent dans une législation particulière“ (zitiert nach *Vischer*, Die rechtsvergleichenden Tatbestände . . . a. a. O. S. 38). In England dagegen wird der Vertrag als „statute“ erlassen und der englische Richter prüft die Fragen im Lichte früherer Entscheidungen (*Vischer*, a. a. O. S. 33).

²⁹⁾ So auch *Vischer*, a. a. O. S. 44 u. *Wilhelm Kaufmann*, „Staatliches deutsches Internationalprivatrecht und völkerrechtliches Internationalprivatrecht der Haager Verträge“, Sonderabdruck aus der Festgabe für *Otto Gierke*, Breslau 1910, S. 25/26 („äußerster Notbehelf“); dieses letzte praktische Erfordernis ist mit der abstrakten Reinheit des Niboyetschen Systems nicht vereinbar.

V Probleme bei der Qualifikation einzelner italienischer Rechtsinstitute

1. Die Unterhaltspflicht

Die Materialien des Haager Ehwirkungsabkommens ergeben eine Qualifikation des Unterhaltsanspruches als „rapport personnel“³⁰⁾. Die deutsche Lehre qualifiziert den Unterhaltsanspruch als personenrechtlich³¹⁾, während die italienische Doktrin ihn unter die „rapporti patrimoniali“ einreicht³²⁾.

„Der Unterhaltsanspruch kann sowohl im Personen- als auch im Güterrecht wurzeln³³⁾. Der italienische Anspruch der Ehefrau auf Unterhalt nach art. 145 I C. c. entsteht unabhängig vom Güterstand und findet seinen Ursprung in der besonderen Stellung des Ehemannes als Haupt der Familie. Er bedeutet einen Ausgleich für die „potestà maritale“, die ihm, dem Ehemann, vom Gesetz zugesprochen ist³⁴⁾. Dieser Anspruch stellt also nur in Sonderfällen gleichzeitig einen Ausgleich für den „durch die Gestaltung des Güterrechts entstehenden Nutzungsverlust“ dar³⁵⁾. Aus der Stellung des Ehemannes in der Familie erklärt sich auch, daß er gegen die Frau einen Anspruch nur hat, wenn er nicht über genügende Mittel verfügt (art. 145 II C. c., art. 433 Ziffer 1 in Verb. mit art. 438 I C. c.)³⁶⁾.

Aus diesen Gründen ist der Anspruch aus art. 147 C. c. als personenrechtlich auch im Sinne des Art. 14 EGBGB zu qualifizieren für die Fälle, bei denen das Haager Ehwirkungsabkommen nicht eingreift.

Wenn die italienische Lehre den Unterhaltsanspruch dagegen als „rapporto patrimoniale“ qualifiziert, entspricht das der zwar gleichklingenden, aber inhaltlich verschiedenen Terminologie des italienischen IPR, die unter „rapporto patrimoniale“ alle wirtschaftlichen Beziehungen versteht³⁷⁾. Diese Qualifikation ist für uns bei der primären Anknüpfung nicht beachtlich.

³⁰⁾ Bericht der 3. Kommission in „Actes de la 4e Conférence“ zitiert nach *Cluzel*, a. a. O. S. 774; siehe auch *Lewald*, in Strupps Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, 1924, Bd. 1, S. 475.

³¹⁾ *Dölle*, a. a. O. S. 370; *Lewald*, „Das deutsche Internationale Privatrecht.“, a. a. O. S. 71; *Martin Wolff*, a. a. O. S. 198.

³²⁾ Siehe *Ubertazzi*, „I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato“, Milano, 1951, S. 78.

³³⁾ *Ferid*, a. a. O. S. 130.

³⁴⁾ Siehe hierzu *Barassi*, „La famiglia legittima“, Milano 1941, S. 252 ff.

³⁵⁾ *Ferid*, a. a. O. S. 130; *Graf Luxburg*, „Das Internationale Privatrecht des ehelichen Güterrechts nach dem BGB für das deutsche Reich“, NiemeyerZ. 23. Jg. 1913, S. 20 ff, S. 82/83; Dies ist der Fall, wenn Güterstand das Totalsystem ist und zwar nur bei denjenigen Totalverträgen, bei denen die „dos“ von der Frau eingebracht wurde.

³⁶⁾ *Barassi*, a. a. O. S. 250; „Il marito non ricco deve entro questi limiti mantenere la moglie ricca“.

³⁷⁾ *Ubertazzi*, a. a. O. S. 76, spricht von einer „entità economica“.

2. Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten (art. 781 C. c.)

Diese Regel, die dem deutschen Recht unbekannt ist, findet sich im Recht der Schenkungen in art. 781 C. c. Zwar handelt es sich um ein Verbot von Vermögensverschiebungen, aber dieses dient der Reinhaltung der Beziehungen der Ehegatten untereinander³⁸⁾. Es ist daher die Vorschrift des art. 781 C. c. als personenrechtlich zu qualifizieren³⁹⁾, sowohl im Sinne des Art. 14 EGBGB⁴⁰⁾, als auch des art. 1 Haager Ehwirkungsabkommen⁴¹⁾.

3. Die Trennung von Tisch und Bett

Nicht zum Bereich dieses Abkommens gehört die „separazione personale“, da sie durch ein anderes Abkommen, der sogenannten Haager Scheidungskonvention, geregelt ist. Dies ist noch einmal ausdrücklich hervorzuheben, da die italienische Lehre die Voraussetzungen der „separazione“ als „rapporto personale“ qualifiziert⁴²⁾.

4. Über die Legalthypothek der Ehefrau siehe unten S. 66 ff.

VI Rechtsvergleichung im Dienste des Art. 16 II EGBGB

Wir haben gesehen, daß die Vorschrift des Art. 16 II EGBGB auch im Bereich des Haager Ehwirkungsabkommens aufrecht erhalten wird. Die Geltung der deutschen Vorschriften über die Schlüsselgewalt, die „*praesumptio Muciana*“, und die „*Gewerbefrau*“ wird zum Schutz des Inlandverkehrs dahingehend erweitert, daß ihr Inhalt Mindestmaß auch dann bleibt, wenn in Deutschland ausländisches Recht zur Anwendung kommt⁴³⁾.

³⁸⁾ Nicolò, *Rassegna di Giurisprudenza*, libro secondo, Milano, 1951, S. 308: „Il tradizionale divieto sarebbe necessario per mantenere integra la solidità morale e materiale della famiglia“.

³⁹⁾ Anders die italienische Lehre. *Ubertazzi*, a. a. O. S. 60 will art. 781 unter die „*rapporti patrimoniali*“ einreihen, *Vitali*, „*Delle donazioni*“ 2. Auflage, Milano-Torino 1925 S. 710 vertritt eine andere (in sich widersprüchliche) Lösung: „*Sorgendo conflitto verrà applicata la legge nazionale di quello dei contraenti che ha donato o ricevuto per donazione*“.

Cass. 30. 9. 1955 in *Foro it.* 1956, I, S. 552 wandte das Heimatrecht des Schenkenden an und ließ, da dieser Ausländer war, das Verbot des art. 781 außer Acht. Den beiden letzten Auffassungen ist also gemeinsam, daß sie die Vorschrift dem Schuldstatut, nicht einem Ehwirkungsstatut unterwerfen.

⁴⁰⁾ So *Martin Wolff*, a. a. O. S. 198; *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 340, Anm. F II zu Art. 15 EGBGB.

⁴¹⁾ *Walker*, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl. Wien 1926, S. 696 weist darauf hin, daß das Abkommen keine Bestimmungen über die Schenkungen unter Ehegatten enthalte. Er sieht aber nicht die Möglichkeit, diese unter die „*rapports personnels*“ des art. 1 einzureihen.

⁴²⁾ *Balladore-Pallieri*, a. a. O. S. 177/178; *Morelli*, a. a. O. S. 116/117; *Monaco*, a. a. O. S. 150.

⁴³⁾ Vgl. *Martin Wolff*, a. a. O. S. 201; *Raape*, a. a. O. S. 322.

1. Die Schlüsselgewalt

Da der Zweck der Vorschrift des Art. 16 II EGBGB der Schutz Dritter ist, betrifft er nur die Vertretungsmacht (Außenverhältnis), nicht auch die Geschäftsführungsbefugnis der Ehefrau (Innenverhältnis)⁴⁴⁾. Es ist zweckmäßig, bei dem Vergleich Voraussetzungen, Umfang, Inhalt und Beschränkung bzw. Beendigung der Schlüsselgewalt zu unterscheiden. Abstrakt gesehen, ist dasjenige Gesetz dem Dritten günstiger, das weniger Voraussetzungen, weiteren Umfang und Inhalt und strengere Erfordernisse für die Geltendmachung der Beschränkung bzw. Beendigung der Schlüsselgewalt enthält.

a) Voraussetzungen

Im deutschen Recht ergibt sich ipso iure aus § 1357 die Schlüsselgewalt der Ehefrau. Im italienischen Recht stützt sich dieses Rechtsinstitut auf einen sogenannten „*mandato tacito*“ des Ehemannes, der von einem Teil der Lehre aus der Unterhaltspflicht des Ehemannes (*obbligo di mantenimento*) abgeleitet wird⁴⁵⁾. *Gangi*⁴⁶⁾ spricht dagegen von einem „*mandato presunto*“, der aber nicht unabhängig vom Willen des Ehemannes sei⁴⁷⁾. Das Ergebnis ist für das Außenverhältnis das gleiche.

Im deutschen Recht wird eine „häusliche Gemeinschaft“ vorausgesetzt⁴⁸⁾. Für das italienische Recht befürwortet *Gangi*⁴⁹⁾ eine Weiterdauer auch bei einer „*separazione di fatto*“. Auch für das deutsche Recht wird dies dann zu bejahen sein, wenn der Mann die Frau verläßt, da hier die Frau weiterhin im Dienste der Familie tätig ist⁵⁰⁾.

b) Umfang

Im deutschen Recht umfaßt die Schlüsselgewalt alle Rechtshandlungen zum Wohle der Familie, darunter auch Ausgaben für die Kindererziehung. Das entspricht im wesentlichen auch dem italienischen Recht: „Der Ehemann

⁴⁴⁾ Dölle, „Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten“, in Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, a. a. O. S. 63 ff, S. 82.

⁴⁵⁾ Barassi, a. a. O. S. 217/221.

⁴⁶⁾ Gangi, a. a. O. 1945 S. 203/204; vgl. auch Calsolaro, „Il mandato tacito fra coniugi“, Rivista di diritto matrimoniale e dei rapporti di famiglia, 1953, S. 206 ff, S. 208: „Il mandato tacito si deve desumere da una serie di elementi presuntivi da valutarsi di un complesso di fatti compiuti da entrambi le parti interessate e non soltanto dal comportamento del mandatario.“

⁴⁷⁾ Jemolo, a. a. O. S. 426, Anm. 3, 2. Absatz, bringt den „mandato tacito“ mit der Rechtscheinstheorie (*teoria dell'apparenza giuridica*) in Verbindung.

⁴⁸⁾ Beitzke, a. a. O. S. 42; Müller-Freienfels, „Zur heutigen ‚Schlüsselgewalt‘“, in Festschrift für Heinrich Lehmann, Tübingen, Frankfurt und Berlin, 1956, Bd. I, S. 388 ff, S. 413.

⁴⁹⁾ Gangi, a. a. O., 1945, S. 204.

⁵⁰⁾ Müller-Freienfels, a. a. O. S. 414.

ist verpflichtet, die Schulden zu bezahlen, die aus den Verträgen der Ehefrau für den Erwerb von Gegenständen zu ihrem persönlichen Gebrauch oder zu dem der Familie stammen, in den Grenzen der wirtschaftlichen Möglichkeiten der Familie⁵¹⁾."

Da im italienischen Recht der Mann der Frau in erster Linie unterhaltspflichtig ist, bestimmt sich auch der wirtschaftliche „Lebensstandard“ der Familie nach seinen Einkünften. So haftet der Mann nicht für Schulden seiner reichen Frau, die über seine Verhältnisse hinausgehen⁵²⁾.

c) Inhalt

Nach deutschem Recht wird durch die Geschäfte der Ehefrau der Mann verpflichtet; die Frau haftet erst bei Zahlungsunfähigkeit des Mannes (§ 1357 I BGB).

Nach italienischem Recht wird der Mann verpflichtet, daneben aber auch die Frau, und zwar nicht nur dann, wenn der Mann nicht über ausreichende Mittel verfügt⁵³⁾, sondern im Falle von Ausgaben für den Unterhalt der Kinder haftet sie gleichverpflichtet neben dem Mann (art. 147 I, art. 148 I C. c.)⁵⁴⁾. Dies ergibt sich aus der engen Verbindung des „mandato tacito“ mit der Unterhaltspflicht. Unsicher ist, ob auch die Frau im allgemeinen mitverpflichtet wird, was dann Bedeutung gewinnen kann als zusätzliche Sicherung, wenn die Frau reich ist. *Tedeschi*⁵⁵⁾ bejaht es.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß durch die weitergehenden Verpflichtungen der Ehefrau das italienische Recht unter Umständen Dritten günstiger ist, als das deutsche.

d) Wirkung der Beschränkung bzw. Beendigung gegenüber Dritten

Die Schlüsselgewalt kann in beiden Rechtsordnungen beschränkt oder beendet werden. Dritten gegenüber wirkt dies im deutschen Recht nur bei Eintragung in das Güterrechtsregister (§ 1357 II, Satz 2 BGB).

⁵¹⁾ Appell. Firenze, 21. 6. 1930 in Rep. gen. des Foro it. 1930 Stichwort „matrimonio“ Nr. 123.

⁵²⁾ Siehe hierzu Kipp, „Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den romanischen Rechten“, Berlin 1928, S. 76.

⁵³⁾ Art. 145 II C. c.: „La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti.“

⁵⁴⁾ Barassi, a. a. O. S. 253: „Così mentre il contributo della moglie riguardo al marito ha carattere solo sussidiario, per i figli è fondamentale.“ So auch *Jemolo*, a. a. O. S. 426, Anm. 3 am Ende.

⁵⁵⁾ *Tedeschi*, „Il regime patrimoniale della famiglia“, Torino 1956, S. 18: „... oltrechè contro di lei...“; vgl. auch Appell. Palermo 7. 2. 1956 in Rep. gen. des Foro it. 1957, Stichwort „matrimonio“ Nr. 142–144: „La donna coniugata à tenuta personalmente all'adempimento delle obbligazioni contratte in nome proprio nell'interesse della famiglia“ (1. Leitsatz) „Con lei risponde anche il marito...“

Im italienischen Recht muß der Dritte von der Beschränkung Kenntnis erhalten haben. Es genügen aber Anzeigen in den Zeitungen oder überhaupt nur, daß der Ehemann die Leitung des Hauswesens selbst übernommen hat⁵⁶⁾. „Di regola la ‚provabilità‘ non sostituisce mai ‚la prova concreta‘⁵⁷⁾.“

Ergebnis ist also, daß das deutsche Recht, was die Voraussetzungen und die Geltendmachung der Beendigung der Schlüsselgewalt betrifft, günstiger ist, als das italienische Recht, daß aber das italienische Recht durch eine weitgehende Verpflichtung der Ehefrau Vorteile für den Dritten bietet.

Hier ist nicht nach den Umständen eines Einzelfalles zu entscheiden, sondern der Inhalt der fremden Vorschrift muß günstiger sein⁵⁸⁾.

Es gibt nun mehrere Möglichkeiten, zu einer Lösung zu gelangen. Man kann dem Dritten ein Wahlrecht zusprechen, was aber die Schwierigkeit mit sich bringt, daß der Dritte sich auch der Folgen seiner Wahl bewußt sein muß⁵⁹⁾; man kann auch, da der Vergleich zu einem „non liquet“ führt, überhaupt nur italienisches, als das eigentlich maßgebliche fremde Recht, anwenden⁶⁰⁾, oder eine Art Güterabwägung vornehmen und feststellen, welche Rechtsordnung im Ganzen gesehen günstiger ist⁶¹⁾.

Nachdem durch das Gleichberechtigungsgesetz die subsidiäre Haftung der Frau eingeführt worden ist, dürfte die weitergehende Verpflichtung der Ehefrau im italienischen Recht nicht zu sehr ins Gewicht fallen⁶²⁾. Der Dritte ist aber durch die Tatsache, daß eine Beschränkung oder Beendigung der Schlüsselgewalt gegen ihn nur bei Eintragung ins Güterrechtsregister wirkt, er also „dem Schweigen des Registers trauen“ darf, wesentlich günstiger gestellt als im italienischen Recht.

Es ist daher auch in den Fällen, in denen deutsches IPR die Anwendung italienischen Güterrechts befiehlt, der § 1357 BGB voll aufrecht zu erhalten.

⁵⁶⁾ Gangi, a. a. O. 1945, S. 204; Kipp, a. a. O. S. 116.

⁵⁷⁾ Barassi, a. a. O. S. 223.

⁵⁸⁾ Graf Luxburg, a. a. O. S. 134; Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 371.

⁵⁹⁾ Staudinger-Raape, a. a. O. S. 358, Anm. C, I, 5 und S. 361, Anm. C, II, 2 zu Art. 16 EGBGB; siehe zum Vergleich mit dem italienischen Recht Martin Wolff, a. a. O. S. 201.

⁶⁰⁾ So Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 273.

⁶¹⁾ Letztere Methode scheint mir für den Vergleich des italienischen und des deutschen Rechts die beste zu sein. Auch Raape will das Wahlrecht nur in Ausnahmefällen gestatten. Frankensteins Methode, hier einfach das fremde Recht anzuwenden, würde hier zu einem mit der ratio legis des Art. 16 II nicht vereinbaren Ergebnis führen.

⁶²⁾ Staudinger-Raape, a. a. O. S. 361, wollte bei dem früheren Rechtszustand der alleinigen Verpflichtung des Ehemannes das ausländische Recht anwenden, das auch die Frau verpflichtet.

2. Die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB

Das italienische Recht kennt die „*praesumptio Muciana*“ im Konkursrecht (art. 70 des königlichen Dekrets vom 16. 3. 1942 über den Konkurs)⁶³⁾. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift im Bürgerlichen Recht ist bestritten⁶⁴⁾.

Eine weitere Erörterung des italienischen Rechts erübrigt sich, da auf jeden Fall das deutsche Recht, das die Eigentumsvermutung „*expressis verbis*“ in § 1362 BGB kennt, Dritten günstiger ist, zumal hier jetzt, wie in art. 70 der italienischen Konkursordnung, nicht nur die eigentliche „*praesumptio Muciana*“ (Vermutung, daß das Vermögen der Frau aus [nichtigen] Schenkungen des Mannes stamme) zugunsten der Gläubiger des Ehemannes, sondern auch eine Vermutung zugunsten der Gläubiger der Ehefrau enthalten ist.

3. Die „Gewerbefrau“

Der alte *Codice di commercio* forderte in seinem art. 13 eine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung, damit die Ehefrau ein Gewerbe betreiben konnte. Letztere wurde bei Ausübung des Gewerbes vermutet, wenn diese „*pubblico e notorio*“ war.

Die Vorschrift ist durch art. 2 des Gesetzes vom 17. Juli 1919 ersatzlos gestrichen worden; nur noch der frühere Absatz IV blieb als alleinige Vorschrift erhalten: „*La moglie che vende soltanto le merci del traffico del marito non è, solo per ciò, commerciante*“⁶⁵⁾.

Dieser letzte Rest der früher so bedeutungsvollen Vorschrift ist bei der Neubearbeitung des *Codice civile* und Einarbeitung des *Codice di commercio* in das 5. Buch des *Codice civile*, „*Del lavoro*“, verschwunden.

Somit ist auf diesem Gebiet eine Gleichberechtigung der Geschlechter erreicht, die über die Regelung auch der Neufassung des 4. Buches des BGB hinausgeht. Der Art. 16 II EGBGB beschränkt in dieser Hinsicht die Anwendung italienischen Rechts nicht.

⁶³⁾ Art. 70 Abs. I legge sul fallimento lautet: „*I beni, che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronte ai creditori, salvo prova contraria, acquistati con danaro del fallito e si considerano proprietà di lui. Il curatore è legittimato ad apprenderne il possesso.*“

⁶⁴⁾ Dagegen *Gangi*, a. a. O. 1945, S. 70, der der Vorschrift einen „*carattere eccezionale*“ zuspricht; a. A. *Barassi* S. 217/218; *Tedeschi*, a. a. O. S. 19, will die Vermutung aus der Stellung des Ehemannes als Familienhaupt herleiten.

⁶⁵⁾ Siehe hierzu *Bolaffio*, „*Il codice di commercio commentato*“ Torino, 1935, Bd. I, S. 684 ff.

VII Die Bedeutung des Art. 15 II Satz 2 EGBGB im Verhältnis Deutschland-Italien

1. Einleitung

Aus Art. 15 I EGBGB ergibt sich, daß das Heimatrecht des Ehemannes die güterrechtlichen Verhältnisse und damit auch die Eheverträge regelt. Dieses Statut ist unwandelbar (Art. 15 II, Satz 1 EGBGB); Art. 15 II, Satz 2 gibt aber ausländischen Eheleuten die Möglichkeit, einen Ehevertrag während der Ehe zu schließen, auch wenn er nach ihrem Heimatrecht unzulässig sein würde. Dieser muß aber mindestens den Anforderungen des deutschen Rechts entsprechen⁶⁶⁾. Art. 15 II, Satz 2 betrifft sowohl Inhalts- als auch Abschlußverbote.

2. Materielles italienisches Recht

a) *Das Abschließen und Abändern von Verträgen*

Das strenge Verbot der Abänderung oder Vereinbarung von Eheverträgen während der Ehe, das der alte Codice von 1865 in art. 1433 enthielt, ist durch die neue Regelung des art. 162 II C. c. gemildert worden.

Jedoch dürfen bestehende Regelungen nicht abgeändert werden. Die Regel lautet: „Aggiungere sì, modificare no⁶⁷⁾.“ Es besteht also ein generelles Abänderungsverbot. Zusätzliche Vereinbarungen unter Aufrechterhaltung des Bestehenden sind aber erlaubt⁶⁸⁾, bei dem Güterstand des „patrimonio familiare“ ist sogar der Abschluß während der Ehe möglich. Folgende Fälle kennt der Codice civile (abschließende Regelung: art. 162 III C. c.):

aa) art. 167 III C. c.

Ein „patrimonio familiare“, d. h. ein zweckgebundenes, unveräußerliches Familienvermögen, kann auch während der Ehe von beiden Ehegatten oder von einem Dritten begründet werden.

bb) art. 178 C. c.

Von einem Dritten oder von der Ehefrau kann die „dos“ während der Ehe begründet oder vermehrt werden, nicht jedoch von dem Ehemann,

⁶⁶⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 326, Anm. C VI, 2 d zu Art. 15 EGBGB; vgl. auch *von Baligand*, „Der räumliche Geltungsbereich der Rechtssätze über den Ehevertrag“, *NiemeyersZ* 17 (1907), S. 202 ff. Er schreibt S. 202/203: „Wir fassen daher den Art. 15 II,2 dahin auf, daß neben dem nach Auslandsrecht zulässigen Inhalt, auch ein nach deutschem Recht zulässiger Güterstand gewählt werden kann, weil beim Versagen des an sich zuständigen Auslandsrechts nur das deutsche Recht berufen sein kann, das unbeschriebene Blatt des Prinzips der Ehevertragsfreiheit mit seinen Normen auszufüllen.“

⁶⁷⁾ *Barassi*, a. a. O. S. 255.

⁶⁸⁾ z. B. art. 215 Satz 2 C. c.: „Tale comunione può essere stabilita anche se vi è costituzione di dote, ferma in ogni caso l'inalterabilità delle precedenti convenzioni.“

da dies eine unzulässige Schenkung zwischen Ehegatten darstellen würde⁶⁹⁾.

cc) art. 215 Satz 2 C. c.

Die „comunione degli utili e degli acquisti“, die etwa die Errungenschaftsgemeinschaft des früheren deutschen Rechts entspricht, kann in einem Falle auch während der Ehe vereinbart werden, wenn bereits ein Totalvertrag vorhanden war. Dieser kann aber nicht abgeändert werden, sondern es muß zusätzlich eine „comunione“ vereinbart werden.

Diesen drei Bestimmungen ist gemeinsam, daß sie jeweils Veränderungen zulassen, die eine Verbesserung der Vermögenslage der Eheleute bedeuten⁷⁰⁾.

b) Inhalt der Eheverträge

Drei vertragliche Güterstände sind im Codice civile geregelt, das „patrimonio familiare“, die „dos“, die Errungenschaftsgemeinschaft. Es besteht Freiheit, einen dieser Güterstände zu wählen oder auch frei zu kombinieren. Bezugnahme auf ausländisches Recht ist nur in einem Stichwortvertrag gestattet (art. 161 C. c.). Zwingende Vorschriften sind die Regelungen über die Verwaltungsbefugnisse der Ehegatten, über die „potestà maritale oder die Vorschrift, daß keine andere Form der Gütergemeinschaft als die der Errungenschaftsgemeinschaft vereinbart werden darf.

3. Die praktischen Folgen

a) Beide Ehegatten sind Italiener

Wenn beide Ehegatten Italiener sind, kommt art. 4 I, art. 9 I Haager Ehewirkungsabkommen zur Anwendung. Art. 15 II Satz 2 wird durch diese internationale Regelung verdrängt⁷¹⁾. Das bedeutet, daß Italiener in Deutsch-

⁶⁹⁾ Nicolò, *Rassegna* . . . a. a. O. Bd. I, S. 138.

⁷⁰⁾ De Ruggiero, „Istituzioni di diritto civile“, Bd. I, Milano-Messina 1943, S. 289.

⁷¹⁾ So auch Soergel-Kegel, a. a. O. S. 168, Anm. zu art. 4; Lewald in Strupps Wörterbuch . . . a. a. O. S. 477.

Besonders problematisch ist der Fall, über den das Bayerische Oberste Landesgericht durch Beschluß v. 9. 9. 1960 (FamRZ 1961, S. 220 ff) entschied. Italienische Eheleute hatten durch notariellen Vertrag v. 5. 5. 1952 — das Haager Ehewirkungsabkommen gilt rückwirkend wieder seit 1. 5. 1952 — die Gütertrennung des BGB vereinbart. Das Gericht hat dies über Art. 15 II, Satz 2 EGBGB für zulässig gehalten, ohne zu prüfen, ob der Vertrag gegen den über art. 5 II Haager Ehewirkungsabkommen anwendbaren art. 161 C. c. verstieß. Praktisch hätten sich aber keine Unterschiede ergeben, da der italienische gesetzliche Güterstand die Gütertrennung ist, die rechtliche Problematik aber lag in der Frage, ob ein wirksamer Ehevertrag — die Bekanntmachung der Rückwirkung des Haager Ehewirkungsabkommens erfolgte erst am 14. 2. 55 (BGBl. II, S. 188) — durch eine mit Rückwirkung ausgestattete Änderung des IPR unwirksam wird. Im Ergebnis ist dem Bayerischen Obersten Landesgericht zuzustimmen. A. A. wohl Kegel (Soergel-Kegel, a. a. O. S. 167), der in der Bekanntmachung vom 14. 2. 1955 lediglich eine ausdrückliche Feststellung der Weitergeltung des Abkommens sieht.

land an die ihnen durch ihr Heimatrecht gegebenen Möglichkeiten der Schließung und Abänderung von Eheverträgen gebunden sind. Für den Inhalt gilt art. 5, art. 9 I; auch soweit wird Art. 15 II, Satz 2 EGBGB verdrängt.

Dies gilt auch für Eheleute verschiedener Staatsangehörigkeit, die als letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit die italienische besaßen (art. 9 II).

b) *Italienischer Ehemann*

Die Vorschrift des Art. 15 II Satz 2 EGBGB behält ihre Bedeutung für den Fall, daß der Ehemann Italiener und die Frau Deutsche ist, ohne daß die Ehegatten einmal ein gemeinsames Heimatrecht eines Vertragsinlandes besaßen. Hier greift das Haager Ehwirkungsabkommen nicht ein, und über Art. 15 I EGBGB kommt italienisches Recht zur Anwendung. Das Abänderungsverbot des art. 162 III C. c. verliert insoweit durch Art. 15 II, Satz 2 EGBGB seine Wirkung, als außer den gesetzlich festgelegten Fällen Eheverträge abgeändert oder in deutsche Güterstände umgewandelt werden können. So kann z. B. die italienische Errungenschaftsgemeinschaft in die deutsche Gütergemeinschaft umgewandelt werden. Nicht jedoch können inhaltliche Änderungen vorgenommen werden, die dem Sinn des italienischen Güterstandes widersprechen. Es kann z. B. nicht unter Beibehaltung des Totalsystems die Verwaltungsbefugnis des Ehemannes ausgeschlossen werden.

VIII Einzelprobleme bei der Anwendung italienischen materiellen Rechts

1. Die Herstellungsklage

Für die Pflichten aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ist das Statut für die persönlichen Ehwirkungen maßgebend. Diesem Statut untersteht auch die Frage, ob aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ein klagbarer Anspruch erwächst, und ob dieser Anspruch durchsetzbar ist⁷²⁾. Italienisches Recht kommt hierfür zur Anwendung, wenn beide Eheleute Italiener sind (art. 1, I, art. 9, I) oder bei verschiedener Staatsangehörigkeit, wenn der Ehemann Italiener ist (Art. 14 EGBGB) und die Ehegatten nicht früher ein gemeinsames Heimatrecht eines Vertragslandes des Haager Ehwirkungsabkommens besaßen (art. 9, II).

Dem deutschen § 1353 BGB entspricht im italienischen Recht art. 143 C. c. Wenn auch hier die einzelnen Pflichten der Ehegatten, wie gemeinsame Wohnung, eheliche Treue und gegenseitige Unterstützung näher charakterisiert sind, wird doch auch, wie im deutschen Recht, auf die Sitte verwiesen⁷³⁾.

⁷²⁾ *Lauterbach*, a. a. O. S. 74, mit Rechtspr. (Anm. 38); *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 267, dort auch weitere Literatur (Anm. 166) und Rechtspr. (Anm. 167).

⁷³⁾ *Jemolo*, a. a. O. S. 417.

Dem RG ⁷⁴⁾ lag ein Fall zur Entscheidung vor, der eine Herstellungsklage von Italienern zum Gegenstand hatte. Da aber hier das italienische Recht nicht revisibel war, konnte das Reichsgericht zu dieser Frage materiellen Rechts nicht Stellung nehmen. Das Berufungsgericht hatte ohne weiteres angenommen, daß aus den art. 130/131 des alten Codice civile von 1865, die den art. 143/144 des geltenden Codice entsprechen, dem Ehemann „ein klagbares Recht auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft“ erwachse. Es war dann weiter ausgeführt worden, daß das italienische Recht ein Weigerungsrecht im Sinne des § 1353 nicht kenne. „Die Frau könne vielmehr dem Herstellungsverlangen nur durch Erwirkung eines Trennungsurteils entgegenreten ⁷⁵⁾.“

Nun ist zunächst einmal fraglich, ob das italienische Recht überhaupt eine Herstellungsklage kennt. Die Rechtsprechung zum alten Codice hat dies vor der Jahrhundertwende bejaht ⁷⁶⁾, später aber verneint ⁷⁷⁾. In jüngster Zeit wurde jedoch von der Rechtsprechung zum neuen Codice eine Klage des Ehegatten auf Feststellung, daß die Pflichten, die im art. 143 C. c. aufgezählt sind, verletzt sind ⁷⁸⁾, zugelassen. Zu einer Herstellungsklage als solcher wurde nicht ausdrücklich Stellung genommen.

Weigert sich die Ehefrau, in die eheliche Wohnung zurückzukehren, so gibt es kein direktes Zwangsmittel zu ihrer Rückkehr ⁷⁹⁾. Es hat dies aber zur Folge, daß ihr jedes Recht auf Lebensunterhalt verloren geht ⁸⁰⁾ (art.

⁷⁴⁾ Entscheidung vom 17. 2. 36 in RG 150 283.

⁷⁵⁾ Über die Probleme der Trennung von Tisch und Bett sowie die *ordre-public*-Erörterungen, die sich in diesem Urteil finden, siehe unten S. 84 ff.

⁷⁶⁾ Siehe die Entscheidungssätze Nr. 26 und 28 in *Giurisprudenza sul Codice civile* (Herausgeber: *Fadda, Porro, Raimondi, Vedani*) Milano 1909, S. 370, insbes. auch Nr. 30 (Appell. Genova 22. 4. 1890): „All'obbligo che ha la moglie di seguire il marito ovunque creda opportuno di fissare la sua residenza è correlativo il diritto del marito ad ottenere giudizialmente la ricognizione degli obblighi della moglie; e all'ammissibilità dell'azione non è d'ostacolo che la sentenza ricognitiva di tale diritto non sia suscettibile di esecuzione forzata.“

⁷⁷⁾ Siehe die (mir leider nicht im Text zugänglichen) bei *Santo Ferrari*, „Primo supplemento alla *Giurisprudenza sul Codice civile*“, Milano 1939, S. 162 (Nr. 2) erwähnten Entscheidungen.

⁷⁸⁾ Cass. 6. 10. 1949 in *Giur. it.* 1950, I, 1 S. 495 ff.: „... a tali doveri è ammissibile l'azione di mero accertamento, la cui sola funzione è di rendere certo il diritto“. In den Gründen dieser Entscheidung findet sich beiläufig die Bemerkung (S. 499): „... i. giudice dovrebbe dichiarare senz'altro l'obbligo di lei di ritornare a convivere col marito.“ Auch *Trib. Napoli*, 15. 4. 1948 *Rivista di diritto processuale* 1949 II, S. 23, spricht von einer „dichiarazione dell'obbligo della moglie di reintegrare il domicilio coniugale“. Eine „dichiarazione“ kommt aber wohl einem „accertamento“ gleich.

⁷⁹⁾ Vgl. *Rocco*, „Trattato di diritto processuale civile“ Torino 1959, Bd. IV, S. 61/62.

⁸⁰⁾ Nicht nur den Unterhalt, sondern auch die alimenti; vgl. *Appell. Bari* 23. 4. 1956 *Rep. Foro it.* 1957 Stichw. „matrimonio“ Nr. 136; *Cass.* 30. 3. 1957 *Foro it.* 1957 I, S. 1430; a. A. *Appell. Palermo* 3. 3. 1958 *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1959, S. 432/33.

146 I C. c.) und daß mit gerichtlicher Hilfe ihre nicht güterrechtlich gebundenen Güter (*beni parafernali*) zugunsten des Ehegatten und der Kinder mit Beschlag belegt werden können. Außerdem ist ein „*volontario abbandono*“, ein Trennungsgrund im Sinne des art. 151 C. c., gegeben. Um diese Sanktionen zu verhindern, kann die Frau auf Feststellung klagen, daß ihr eine „*giusta causa*“ zustehe, die zum Getrenntleben berechtigt⁸¹⁾. Das bedeutet, daß entgegen der Auffassung, die oben von dem Berufungsgericht vertreten wurde, ein anderes Mittel als die Trennungsklage der Frau zu Gebote steht, um ihre Rechte dem Ehemann gegenüber zu wahren.

Während im deutschen Recht der eine Ehegatte den anderen mit der Herstellungsklage auf mannigfache konkrete Pflichten⁸²⁾ hinweisen kann, finden die Pflichten, die im art. 143 C. c. aufgezählt sind, mit einer Ausnahme nur strafrechtlichen Schutz⁸³⁾. Bei Verweigerung der Rückkehr in die eheliche Wohnung kann der Ehemann die Verletzung der Pflicht zur „*convivenza*“ oder „*coabitazione*“ sowie das Nichtvorliegen einer *giusta causa* der Ehefrau zum Getrenntleben gerichtlich feststellen lassen⁸⁴⁾. Diese kann ihrerseits auf Feststellung klagen, daß sie berechtigt sei, von ihrem Manne getrennt zu leben.

„Der normale Weg für den Ehegatten, der Gründe hat, gegen den anderen Ehegatten die Erfüllung der aus der Ehe entspringenden Pflichten geltend zu machen, ist das Trennungsverfahren⁸⁵⁾.“ Das Trennungsurteil löst ja die Ehe nicht auf, sondern es können dessen Wirkungen jederzeit durch einen gemeinsamen Entschluß der Ehegatten hinfällig gemacht werden (art. 157 C. c.). Hinzuweisen ist noch darauf, daß in der Lehre ein Unterschied zwischen der „*giusta causa*“ in Verbindung mit art. 151 C. c., die dem „*volon-*

⁸¹⁾ Vgl. *Jemolo*, a. a. O. S. 456; Das RG hat im deutschen Recht eine ähnliche Klage der Ehefrau auf Feststellung des berechtigten Getrenntlebens (also eine negative Feststellungsklage hinsichtlich der Pflichten aus § 1353 BGB) zugelassen; vgl. RG 13. 1. 36 in RG 150 70.

⁸²⁾ *Beitzke*, a. a. O. S. 43 spricht von Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, Klagen auf Mitarbeit im Geschäft, auf Wartung der Kinder, auf Unterlassung allabendlichen Ausganges usw.

⁸³⁾ Siehe hierzu auch Appell. Napoli, 14. 1. 49, *Giur. it.* 1949, I, 2, 369, wo aufgeführt wird, daß es für eine „*dichiarazione astratta dell'obbligo che la moglie ha di convivere col marito nel domicilio coniugale*“ an einem Feststellungsinteresse fehle, es sei denn, es würde das Vorliegen einer „*giusta causa*“ zum Getrenntleben festgestellt.

⁸⁴⁾ In der Lehre ist dies nicht unbestritten, weil dies einer Legalisierung der separazione di fatto gleichkommt; vgl. *Bianchi*, „Accertamento dell'obbligo della moglie di convivere col marito“, *Rivista di diritto processuale*, 1949 II, S. 23; für die Feststellung einer „*giusta causa* di (temporaneo) abbandono ex auctoritate propria“ siehe *Minoli*, „In tema di accertamento dell'obbligo di convivere“, *Giur. it.* 1949, I, 2, S. 369 ff; vgl. auch *Minoli*, „Ancora in tema di accertamento dell'obbligo di convivere“, *Giur. it.* 1950 I, 1, S. 495 ff.

⁸⁵⁾ Cass. a. a. O. zit. Anm. 78.

tario abbandono" seine rechtliche Qualifizierung als Trennungsgrund nimmt, und demselben Begriff in art 146 C. c. herausgearbeitet worden ist⁸⁶⁾.

Diese Erörterungen zeigen, daß inhaltlich gleichen Vorschriften nicht immer gleichartige Möglichkeiten entsprechen, die aus ihnen erwachsenen Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

2. Die Legalthypothek der Ehefrau

a) *Materielles italienisches Recht*⁸⁷⁾

Die Legalthypothek der Ehefrau (art. 2817 Ziffer 3 C. c.) findet sich im Recht der Dotalverträge. Sie hat den Zweck, die eventuellen Ansprüche der Ehefrau, die bei Verwaltung der „dos“ durch den Ehemann oder nach deren Auflösung entstehen können, zu sichern.

Innerhalb von 20 Tagen nach Eingehung des Dotalvertrages (art. 2832 C. c.) soll sie auf Veranlassung des Ehemannes oder des Notars auf allen belastungsfähigen Gegenständen, die der Ehemann zu eigen hat, eingetragen werden (art. 2817 Ziffer 3 Absatz II C. c.). Das Prinzip der Spezialität wird dadurch gewahrt, daß die einzelnen Grundstücke etc. in Höhe einer bestimmten Summe, die sich nach der Höhe der „dos“ richtet, belastet werden.

Der Ausdruck Legalthypothek der Ehefrau bedeutet nicht, daß bei Eingehung des Dotalvertrages eine Hypothek kraft Gesetz entsteht, wie das bei der Surrogationshypothek des § 1287 II BGB der Fall ist, sondern nur, daß die Ehefrau einen Rechtsanspruch auf Eintragung der Hypothek hat, der unabhängig von einer Verfügung seitens des Ehemannes ist. Letzteres ergibt sich aus dem Gegensatz der „ipoteca legale“ zur „ipoteca volontaria“, für die nach art. 2821 C. c. eine „concessione“ notwendig ist, sowie aus den Vorschriften, wonach neben dem Ehemann auch der Notar verpflichtet ist, um Eintragung nachzusuchen („richiedere“). Auch die Ehefrau oder der Stifter der „dos“ können direkt um eine Eintragung nachsuchen (art. 2832 III C. c.). Mit der Eintragung entsteht die Hypothek.

Die Legalthypothek der Ehefrau kann auf bestimmte Gegenstände beschränkt (art. 2817 II) oder ganz ausgeschlossen werden (art. 2817 I: „... non ostante qualunque patto contrario“).

b) *Internationales Privatrecht*

Die Legalthypothek der Ehefrau ist ein Ausgleich für die höheren Verwaltungsbefugnisse des Ehemannes bei Dotalverträgen. Sie untersteht daher dem Statut für die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe⁸⁸⁾. Art. 2 des

⁸⁶⁾ Gangi, a. a. O. 1953, S. 255/256.

⁸⁷⁾ Siehe zum Folgenden *Tedeschi*, a. a. O. S. 120 ff.

⁸⁸⁾ Die italienische Lehre kommt zu dem gleichen Ergebnis; vgl. *Venturini*, „Diritto internazionale privato“, Padova 1956, S. 52, Anm. 1.

Haager Ehwirkungsabkommens spricht für die gesetzlichen Güterstände ausdrücklich von „biens immeubles“, was wohl auch für die vertraglichen Güterstände gelten muß.

Italienisches Recht kommt für die Legalhypothek der Ehefrau zur Anwendung:

aa) Der Dotalvertrag wurde vor der Ehe geschlossen:

Wenn beide Eheleute zur Zeit der Eheschließung Italiener waren (art. 3) oder bei Nichteingreifen des Haager Ehwirkungsabkommens, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung Italiener war (Art. 15 EGBGB).

bb) Der Dotalvertrag wurde während der Ehe geschlossen:

Wenn beide Eheleute Italiener sind (art. 4 I, art. 9 I), bei verschiedener Staatsangehörigkeit auch dann, wenn das letzte gemeinsame Heimatrecht das italienische war (art. 9 II) oder bei Nichteingreifen des Haager Ehwirkungsabkommens, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung Italiener war (Art. 15 EGBGB).

Kommt italienisches Recht zur Anwendung, kann die deutsche oder italienische Ehefrau die Eintragung einer Legalhypothek an italienischen Grundstücken verlangen, wenn eine „dos“ konstituiert worden ist.

Dies gilt aber nicht für deutsche Grundstücke, da die Institution einer Legalhypothek dem deutschen Recht fremd ist. Die „lex rei sitae“ geht hier dem Güterrechtsstatut vor⁸⁹⁾. Eine Sicherung der Ansprüche der Ehefrau läßt sich aber dadurch erreichen, daß der Ehemann auf seinen deutschen Grundstücken zugunsten seiner Ehefrau eine Hypothek bestellt. Im deutschen Recht ist eine Hypothekenbestellung für eine zukünftige oder nur bedingte Forderung möglich⁹⁰⁾.

3. Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten

a) *Italienisches materielles Recht*

Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten findet sich in art. 781 C. c. Danach dürfen Ehegatten einander während der Ehe nichts schenken, außer solchen Geschenken, die nach der Sitte üblich sind. Eine entgegen diesem Verbot erfolgte Schenkung ist nichtig.

Streitigkeiten können insbesondere bei Erbfällen auftreten. Bestritten ist insbesondere, ob, wenn der Ehemann der Ehefrau Geld für den Ankauf eines Grundstücks geschenkt hat, dieses oder das Geld von ihm oder seinen

⁸⁹⁾ *Ferid*, a. a. O. S. 133, Anm. 80, S. 143/144; *Dölle*, a. a. O. S. 88 ff.; so auch *Venturini*, a. a. S. O. 51/52: „In ogni modo è da escludere la costituzione dell'ipoteca legale, quando la legge non sia ammessa come titolo idoneo dalla lex rei sitae.“ Über die anders gearteten Probleme im französischen IPR siehe *Bartifol*, „L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé“, in Festschrift für Rabel, Bd. I, Tübingen 1954, S. 591 ff.

⁹⁰⁾ *Westermann*, Sachenrecht. 2. Auflage, Karlsruhe 1951, S. 444.

Erben herausverlangt werden können⁹¹⁾. Eine Garantieverpflichtung für die Schulden des anderen Ehegatten wird nur dann als nichtige Schenkung angesehen, wenn auf Regreßansprüche verzichtet worden ist⁹²⁾.

b) Internationales Privatrecht

Da die Vorschrift des art. 781 C. c. unter die persönlichen Ehwirkungen fällt, kommt italienisches Recht zur Anwendung, wenn beide Ehegatten Italiener sind (art. 1 I, art. 9 I), bei verschiedener (deutscher und italienischer) Staatsangehörigkeit der Ehegatten, von der Ausnahme des art 9 II abgesehen, wenn der Ehemann Italiener ist (Art. 15 EGBGB). Das bedeutet, daß bei deutsch-italienischen Ehen Schenkungen dann gestattet sind, wenn die Ehefrau die italienische Staatsangehörigkeit besitzt. Schenkungen zwischen der deutschen Ehefrau und dem italienischen Ehemann sind dagegen nichtig⁹³⁾.

⁹¹⁾ Für die erste Alternative Appell. Ancona 8. 5. 1958 in Riv. di dir. matr. e dello stato delle pers. 1959, S. 130 und in Anm. 1 weitere Entsch. vgl. auch die ausführliche Erörterung der Streitfrage in der Anm. 3 zu Trib. Santa Maria C. V. 7. 12. 54 in Diritto e Giurisprudenza, 1955, S. 260.

⁹²⁾ Trib. Arezzo, 19. 7. 1957 in Foro it. 1958 I, S. 127.

⁹³⁾ Vorausgesetzt ist natürlich, daß nicht ein früheres gemeinsames Heimatrecht, das das eines Vertragsstaates des Haager Ehwirkungsabkommens ist, nach art. 9 II eingreift.

Viertes Kapitel

Scheidung und „separazione personale“

1. Teil: Die Scheidung

I Die Haager Scheidungskonvention

Während Italien noch Vertragsstaat der Haager Scheidungskonvention ist, hat Deutschland mit Wirkung vom 1. 6. 1934 das Abkommen gekündigt¹⁾. Somit können deutsche Gerichte diese Konvention nicht mehr anwenden.

II Die Grundsätze des Art. 17 EGBGB²⁾

Von folgenden Grundsätzen, die aus der Auslegung des Art. 17 EGBGB gewonnen werden, soll in der folgenden Untersuchung ausgegangen werden.

1. Es ist maßgeblich das Recht des Ehemannes.
2. Zur Zeit der Klageerhebung.
3. Das Statut ist wandelbar.
4. Eine Ausnahme besteht darin, daß, wenn die Ehefrau zur Zeit der Entscheidung die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, deutsches Recht zur Anwendung kommt (Art. 17 III EGBGB).

III Die Scheidung von Italienern in Deutschland

1. Das materielle italienische Recht

Der Grundsatz der Unauflösbarkeit der Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten³⁾ ist einer der Fundamentalsätze des italienischen Eherechts. Er findet seine Wurzeln in der engen Verbindung zwischen kirchlichem und weltlichem Recht; auch dies ist Ausdruck des starken Einflusses der Ge-

¹⁾ Die Gründe für die Kündigung lagen hauptsächlich darin, daß das letzte Heimatrecht der Ehegatten für maßgeblich erklärt worden war, und somit die Scheidung einer deutschen Frau, die einen Italiener geheiratet hatte, auch nach ihrer Wiedereinbürgerung nicht möglich war; vgl. *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 191.

²⁾ Über die unveränderte Weitergeltung des Art. 17 EGBGB auch nach dem Inkrafttreten des Art. 3 II GG siehe die Entscheidung des BGH vom 18. 1. 1954 NJW 1954 S. 837.

³⁾ Siehe hierzu *Carresi*, „L'indissolubilità, carattere essenziale del matrimonio civile“, Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1951, S. 938 ff; *Wooßen*, „Die Zivilehe und der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe in der Entwicklung des italienischen Zivilrechts“, Köln und Opladen 1956.

schichte und der religiösen Überzeugungen auf die Gesetzgebung des Landes. Schlußstein der langen Entwicklung sind die Lateranverträge vom 11. Februar 1929. Für die Konkordatehe ist der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe in can. 1118 Codex Iuris Canonici, für die Zivilehe und die Ehe vor einem Diener eines in Italien zugelassenen Kultes in art. 148 C. c. verankert⁴⁾.

2. Somit ist eine Scheidung zwischen Italienern in Deutschland nicht möglich. Wohl aber können deutsche Gerichte eine Ehe scheiden, wenn einer der beiden Ehegatten die deutsche, der andere die italienische Staatsangehörigkeit besitzt. Dies ergibt sich aus Art. 17 III EGBGB, wenn die Frau Deutsche ist, und wenn der Mann Deutscher ist aus Art. 17 I EGBGB. Da das Scheidungsstatut wandelbar ist, können also in Deutschland Italiener geschieden werden, wenn ein Teil sich einbürgert⁵⁾. Über die Anerkennung solcher Scheidungsurteile in Italien siehe im folgenden Absatz.

3. Probleme der Zuständigkeit deutscher Gerichte und die Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in Italien

a) Einleitung: Scheidung Deutscher in Italien

Der Grundsatz der Unauflösbarkeit der Ehe hat nicht gehindert, daß verschiedentlich italienische Gerichte, gestützt auf einen Teil der Lehre, die Scheidung von Ausländern, deren Heimatrecht die Scheidung kennt, für möglich erklärt haben. Dies ergibt sich aus der Unterscheidung von „ordine pubblico internazionale“ und „ordine pubblico interno“⁶⁾. Was der letztere verbiete, so argumentierte man, verstoße nicht gegen den ersteren⁷⁾. Die Rechtsprechung ist gespalten, wenn es sich um Zivilehen handelt⁸⁾; die

⁴⁾ *Woopan*, a. a. O. S. 75 ff.

⁵⁾ Praktische Fälle lassen sich hier insbesondere auch so denken, daß Italiener hier die Einbürgerung betreiben, um sich scheiden lassen zu können und eventuell hier eine Deutsche zu heiraten. Selbst wenn ihnen dies gelingen sollte, gelten sie in Italien als „bigami“, weil ein solches Scheidungsurteil in Italien meistens nicht anerkannt wird. Näheres siehe unten S. 71 ff.

⁶⁾ Siehe hierzu *Borselli*, „Potestà giurisdizionale rispetto agli stranieri in tema di divorzio“, in *Scritti giuridici, raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene, Napoli, 1954*, S. 185 ff; *Sperduti*, „Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno“, *Riv. di dir. intern.* 1954 S. 87 ff; *Sperduti*, „Ordine pubblico e divorzio“, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, Padova 1950*, Bd. IV, S. 311 ff.

⁷⁾ *Borselli*, a. a. O. S. 186; so auch *Miele*, „Il riconoscimento delle sentenze matrimoniali straniere“, *Milano 1949*, S. 99; dagegen *Gangi*, a. a. O. 1953, S. 274, *Monaco*, a. a. O. S. 169.

⁸⁾ Entscheidungen, die die Scheidung ausgesprochen haben, siehe bei *Borselli*, a. a. O. S. 185; *Monaco*, a. a. O. S. 168, Anm. 1, sowie bei *Sperduti*, „Ordine pubblico e divorzio“ a. a. O. S. 314, Anm. 1, die Entscheidungen des scheidungsfreundlichen Tribunalgerichts Triest. Neuere Entscheidungen gegen die Scheidung siehe bei *Monaco*, a. a. O. S. 185, Anm. 1 unten.

Scheidung einer Konkordatehe von Ausländern dagegen ist abgelehnt worden⁹⁾).

Diese Vorbemerkung soll zeigen, daß das Rechtsinstitut der Scheidung in Italien nicht völlig fremd ist, so daß sich auch der später zu behandelnde Gegensatz zwischen Verbot der Scheidung im Inland, aber Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile leichter verstehen läßt.

b) Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Die deutsche internationale Zuständigkeit in Ehesachen nach § 606 ZPO ist immer dann gegeben, wenn einer der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Auf die Anerkennung dieses Urteils durch Italien kommt es hierbei nicht an. Anders verhält es sich, wenn beide Eheleute Italiener sind (§ 606 b Ziffer 1). Die Anerkennung eines deutschen Urteils, das zwei Italiener scheidet, wird in Italien immer versagt werden, so daß, abgesehen von dem Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe, es schon an der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte fehlt¹⁰⁾. Eine Klage ist also als unzulässig abzuweisen.

c) Die Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in Italien

aa) Einleitung

Es ist zweckmäßig, das Problem der Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in Italien im allgemeinen zu betrachten, da es nicht nur für die Zuständigkeit der deutschen Gerichte im Fall des § 606 b Ziffer 1 ZPO Bedeutung hat, sondern darüber hinaus wichtig ist für die Wiederheirat, die Frage der Bigamie, Ehelichkeit der Kinder usw. Will der in Deutschland geschiedene Italiener wieder heiraten, so hängt z. B. die Möglichkeit, ein Ehefähigkeitszeugnis zu erhalten, von der Anerkennung der Scheidung in Italien ab. Hiernach bemißt sich auch die Frage, ob die nach der Scheidung geborenen Kinder einer Italienerin als ehelich angesehen werden können, ob diese Kinder anerkannt werden können oder ob es sich um Ehebruchskinder handelt, und noch viele weitere Probleme, die sich aus der „hinkenden Scheidung“ ergeben. Außerdem findet die Anerkennung ihre Bedeutung darin, daß ohne sie keine Berufung auf das deutsche Urteil in italienischen Prozessen stattfinden kann¹¹⁾, so daß z. B. der in Deutschland von einer Deut-

⁹⁾ Das Scheidungsbegehren eines Bulgaren und einer Italienerin, die durch die Heirat die bulgarische Staatsangehörigkeit erworben hatte, wurde vom Tribunalgericht Rom durch eine Entscheidung vom 26. 8. 1948 (*Rivista di diritto processuale* 1948 II, S. 117 ff) abgelehnt; siehe hierzu die Anm. von *Gismondi* a. gl. O.: „La domanda di divorzio proposta avanti al giudice italiano da stranieri che abbiano contratto matrimonio ‚concordatario‘.“

¹⁰⁾ Siehe hierzu *Ferid*, „Zur Auflösung italienischer Ehen durch deutsche Gerichte“, *StAZ* 1953, S. 280 ff.

¹¹⁾ Siehe *Quadri*, „Efficacia di cosa giudicata e giudizio di delibazione“, in *Giur. it.* 1950, I, 1, S. 189, sowie den 2. Leitsatz von Cass. 15. 2. 1949, in *Giur. it.* 1950, I, 1, 190: „Non può riconoscersi alcuna efficacia nell'ordinamento giuridico italiano alle sentenze straniere non delibate.“

schen geschiedene Italiener in Italien die Beschlagnahme der „beni parafarnali“ der Frau nach art. 146 II C. c. zu Familienzwecken betreiben könnte, ohne daß es der Frau möglich wäre, die Scheidung geltend zu machen.

Die italienische Literatur und Rechtsprechung zur Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile ist fast unübersehbar, in sich gespalten und wird seit über einem halben Jahrhundert in zahllosen Artikeln und Anmerkungen zusammengestellt und neu kommentiert¹²⁾.

Durch die Häufigkeit der Urteile auch höchster Gerichte gerade in der letzten Zeit läßt sich ersehen, wie umstritten die Fragen sind. Es zeichnen sich aber einige Tendenzen ab; diese sollen hier kurz dargestellt werden, mit besonderer Berücksichtigung der neueren Literatur und Rechtsprechung.

bb) Das Delibationsverfahren¹³⁾

Die Anerkennung deutscher Urteile in Italien erfolgt nach dem sogenannten Delibationsverfahren (art. 796 ff Codice della proc. civ.). Dieses Verfahren ist auch in Art. 1 II des deutsch-italienischen Vollstreckungsabkommens ausdrücklich garantiert worden¹⁴⁾. Ohne daß ein besonderes Delibationsverfahren eingeschaltet werden muß, kann durch eine „delibazione incidentale“ eine Anerkennung eines ausländischen Urteils in einem einen anderen Streitgegenstand betreffenden Prozeß ergehen¹⁵⁾.

¹²⁾ Siehe z. B. neuestens den Artikel von *Scarangella*: „Il divorzio in Italia, in relazione ai limiti della giurisdizione ecclesiastica e dell'ordine pubblico“, in *Ius Gentium* 1958, S. 161 ff.

¹³⁾ Deutsche Übersetzung der einschlägigen Bestimmungen, siehe in *RabelsZ* XV (1949/50) S. 124 ff; Darstellung bei *Riezler*, „Das internationale Zivilprozeßrecht in der italienischen ZPO von 1940“, in *RabelsZ* XV (1949/50) S. 36 ff, insbesondere S. 43 ff; sowie auch *Riezler*, „Internationales Zivilprozeßrecht“ Berlin und Tübingen 1949, S. 585; *Monaco*, „Il giudizio di delibazione“, Padova 1940.

¹⁴⁾ Über das „Abkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Königreich Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ vom 9. März 1936 siehe *Jellinek*, „Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile“, Tübingen und Berlin 1953, Bd. I, S. 102 ff (Darstellung), Bd. II, S. 291 ff (Text). Das Abkommen wurde durch einen Notenwechsel vom 20. 10. 1952 mit Wirkung vom 1. 10. 1952 zwischen der Bundesrepublik und Italien wieder in Kraft gesetzt (*Bülow-Arnold*, Internationaler Rechtsverkehr, S. 449, 1); über das Problem, ob von italienischer Sicht ein solcher Notenwechsel gegen die italienische Verfassung verstößt, siehe *Marazzi*, „Sulla rimessa in vigore dei trattati con la Germania prebellica“, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1959, S. 338, der den Verfassungsverstoß bejaht. Art. 1 II lautet: „Das Verfahren, in dem die Anerkennung nachzusuchen ist, bestimmt sich nach dem Recht des angerufenen Staates.“

¹⁵⁾ Siehe hierzu *Miele*, a. a. O. S. 7; *Riezler*, „Das internationale Zivilprozeßrecht in der italienischen ZPO . . .“, a. a. O. S. 45 ff; vgl. auch *Trib. Napoli*, 25. 6. 1956 in *Diritto ecclesiastico* 1957 II, S. 110 mit der Anmerkung von *Bove* und *Rognoni*, „Recenti sentenze italiane in tema di diritto internazionale processuale“, in *Diritto internazionale* 1959, I, S. 192/193; *Ruini*, „Sulla possibilità della delibazione incidentale di sentenze straniere in materia di stato delle persone“, *Riv. di dir. intern.* 1959, S. 349 ff.

Zuständig für das Delibationsverfahren ist das Appellationsgericht des Ortes, wo die Wirkung des ausländischen Urteils geltend gemacht werden soll (art. 796 I C. d. p. c.). Es findet im allgemeinen keine Nachprüfung der Gründe statt, es sei denn, daß ein Fall der Restitutionsklage („revocazione“, art. 395 C. d. p. c. in Verbindung mit art. 798 C. d. p. c.) vorliegt. Etwaige Verletzungen des Verfahrens werden nachgeprüft wie ordnungsgemäße Ladung, Säumnis, Rechtskraft sowie Rechtshängigkeit oder Rechtskraft betreffend den gleichen Streitgegenstand in Italien (vgl. art. 797 Ziff. 2–6).

Die für Ehesachen wichtigste Bestimmung ist art. 797 Ziffer 7, worin festgelegt ist, daß das Urteil nur anerkannt wird, wenn dessen Inhalt nicht gegen den italienischen „ordine pubblico“ verstoße.

Die italienische Doktrin, nach der schon diffizilen und fließenden Abgrenzung zwischen „ordine pubblico interno“ und „ordine pubblico internazionale“, hat einen eigenen „ordine pubblico deliberatorio“ herausgearbeitet¹⁶⁾.

Übereinstimmung herrscht, was die Tatsache anbetrifft, daß Angehörige von Staaten, die der Haager Scheidungskonvention nicht angehören, nicht einem strengeren ordre public ausgesetzt sind, als die Angehörigen der Vertragsstaaten¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Miele, a. a. O. S. 11; die Ursachen für diese Unterscheidung sind besonders klar herausgearbeitet bei Quadri, „Sul riconoscimento e sull'esecutorietà in Italia delle sentenze estere di divorzio fra stranieri“, in Giur. comp. di dir. intern. pr. 1938, S. 66 ff, insbesondere S. 76: „Perchè nel primo caso il giudice italiano si trova di fronte ad un fatto già realizzato, sia pure nell'ambito della sovranità straniera e per l'ordinamento straniero, nel secondo caso di fronte ad una semplice possibilità. Nel primo caso il diniego del giudice di delibazione di applicare la legge straniera determina una difformità di status degli interessati nei due ordinamenti, nel secondo no.“ So auch für den besonderen „ordine pubblico“ des art. 801 in Verb. mit art. 797 Ziff. 7 C. d. pr. c. für Akte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit: Monaco, „Il riconoscimento in Italia delle adozioni all'estero“, in Giur. it. 1950 I, 2, S. 193, wo die verschiedenen Wirkungen einer Anerkennung einer „situazione già regolata“ und der Anwendung einer fremden Norm eine verschiedene Intensität des ordre public bedingen. Hiergegen Sperduti, „Ordine pubblico e divorzio“, a. a. O. S. 314 ff. Im deutschen IPR findet sich ein ähnliches Problem bei der Trennung von Tisch und Bett. Nach hM hindert der deutsche ordre public den Ausspruch der Trennung, nicht aber die Anerkennung des ausländischen Trennungsurteils. Wenn Miele, a. a. O. S. 11 Anm. 10 darauf hinweist, daß sich eine stärkere Intensität des „ordine pubblico internazionalprivatistico“ schon darauf ergebe, daß im art. 31 disp. pr. im Gegensatz zu art. 797 Ziff. 7 C. d. pr. c. zusätzlich von „buon costume“ die Rede sei, so ist darauf hinzuweisen, daß in Art. 4 I des deutsch-italienischen Vollstreckungsabkommens „die guten Sitten“ der „öffentlichen Ordnung“ („ordine pubblico“) wieder zur Seite gestellt sind.

¹⁷⁾ Monaco, a. a. O. S. 161; Miele, a. a. O. S. 92; Cass. 13. 7. 1938 in Giur. comp. di dir. intern. pr. VIII (1942) S. 158: „L'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del 12. giugno 1902, in materia di divorzio e separazione personale, implica che le sentenze straniere di divorzio, per se stesse, non siano contrastanti con l'ordine pubblico interno. Può pertanto concedersi esecutorietà nel Regno ad una sentenza di divorzio anche se pronunziata in uno stato non aderente alla detta Convenzione.“

Am heftigsten umstritten sind die Konkordatsehen, d. h. solche Ehen, die nach den Lateranverträgen, sei es zwischen Ausländern oder Italienern, in Italien vor dem katholischen Priester geschlossen und in ein staatliches Register überschrieben wurden.

Es geht hier im wesentlichen um die Frage, welche Bedeutung art. 34 IV¹⁸⁾ des Konkordates zwischen Italien und dem Heiligen Stuhl für das Delibationsverfahren habe. Eine starke Strömung in der Doktrin¹⁹⁾, die auch in der Rechtsprechung Anklang gefunden hatte²⁰⁾, legte diesen Artikel nur als bindend für Italiener aus, nicht dagegen für Ausländer. Andere wiederum sehen hierin eine ausschließliche Zuständigkeit der Kirche, die auch für Ausländer gelte, da ihnen ja freigestellt sei, die Form der Zivilehe zu wählen.

Im Verhältnis Deutschlands zu Italien ist noch besonders darauf hinzuweisen, daß in Art. 1 I des deutsch-italienischen Vollstreckungsabkommens Urteile, für die in dem anderen Staat eine ausschließliche Zuständigkeit besteht, von der Verpflichtung zur Anerkennung durch diesen Staat ausgenommen werden. Das kann nicht anders als auf die Urteile über Konkordatsehen bezogen werden²¹⁾.

cc) Ergebnisse

1. (Versehentliche) Scheidungen von Italienern durch deutsche Gerichte werden in Italien nicht anerkannt.
2. Scheidungen von Eheleuten, von denen ein Teil die italienische Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung noch besitzt, werden nicht anerkannt²²⁾.

¹⁸⁾ Art. 34 IV der Lateranverträge lautet: „Le cause concernenti la nullità del matrimonio o la dispensa dal matrimonio ratto e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici.“ Da das kanonische Recht die Scheidung nicht kennt, wird hier nicht von ihr gesprochen, jedoch wird eine ausschließliche Zuständigkeit für alle Fragen der Auflösung von Konkordatsehen in Anspruch genommen.

¹⁹⁾ Miele, a. a. O. S. 95 sowie die S. 94 Anm. 12 angegebene Literatur.

²⁰⁾ Vgl. z. B. Appell. Brescia, 9. 11. 1938 in *Giur. comp. di dir. intern. pr.* VIII (1942) S. 142; insbesondere S. 148.

Selbst das Argument, daß art. 34 des Konkordats nicht einen stärkeren Grad der Unauflösbarkeit der Konkordatsehe im Vergleich mit der Zivilehe im Auge habe, hindert *Gangi* (a. a. O. 1953 S. 275/276) nicht daran, im Hinblick auf die Bindung Italiens an das Konkordat, die Anerkennung ausländischer Entscheidungen, die eine Konkordatsehe auflösen, zu verneinen. Das entspricht auch der jetzt herrschenden Strömung.

²¹⁾ Vgl. Cass. 11. 6. 1959 in *Mass. Giur. it.* 1959 S. 373, 2. Leitsatz: „La convenzione italo-tedesca del 9. marzo 1936, resa esecutiva in Italia con la L. 14 gennaio 1937, n. 106, non è applicabile alle controversie riguardanti il vincolo matrimoniale quando si tratti di matrimonio celebrato col rito cattolico secondo il regime concordatario.“

²²⁾ So die letzten Entsch.: Appell. Firenze 22. 2. 1957, Appell. Trento 2. 7. 1958 in *Riv. di dir. matr. e dello stato delle pers.* 1958, S. 646 und S. 837.

Vgl. aber die interessanten Entsch. des Appell. Torino vom 28. 6. 1948 und

3. Scheidungen von ausländischen (deutschen) Eheleuten, von denen ein Teil oder beide Teile die italienische Staatsangehörigkeit zur Zeit der Eheschließung besaßen, werden anerkannt,
 - a) wenn es sich um Zivilehen handelt, die
 - aa) in Deutschland oder
 - bb) in Italien geschlossen wurden ²³⁾,
 - b) werden jedoch nicht anerkannt, wenn es sich um in Italien geschlossene Konkordatshehen handelt ²⁴⁾.
4. Scheidungsurteile von Ausländern (Deutschen) werden anerkannt, wenn es sich
 - a) um Zivilehen, gleich, an welchem Ort geschlossen, handelt ²⁵⁾,

15./16. 3. 1949, besprochen bei *Miele*, a. a. O. Anm. 1 zu S. 93, wo für Ausnahmefälle Delibation zulässig war. Für eine Flexibilität des „ordine pubblico“ schon *Quadri*, a. a. O. S. 74; *Miele*, a. a. O. S. 93, spricht sich für eine Anerkennung aus, so auch *Cansacchi*, „Contrarietà all'ordine pubblico ed accettazione della giurisdizione straniera nel giudizio di delibazione“, *Giur. it.* 1950, I, 1, S. 487, mit dem Hinweis auf die Folgen, die sich aus einer hinkenden Scheidung ergeben (die von einem Italiener geschiedene Frau behielte z. B. ihr Erbrecht); um eines abstrakten Prinzips willen verschärfe man die Lage eines „concittadino“; zumindestens müsse die Scheidung der von Italienern im Ausland geschlossenen reinen Zivilehen anerkannt werden, da diese von der Kirche als Konkubinat betrachtet würden. Für eine Art Güterabwägung im Einzelfall zwischen öffentlichen privaten Interessen *Monaco*, a. a. O. S. 167, der darauf hinweist, daß in einem konkreten Fall die schädlichen Wirkungen, die die Nichtanerkennung für einen einzelnen hat, auch einen „danno sociale“ bedeuten können. Von einem ähnlichen Gesichtspunkt aus sieht auch *Biscottini* („Ordine pubblico ed equità“ *Diritto internazionale* 1959 S. 211 ff) das Problem: „... il problema dell'ordine pubblico nella delibazione si profila fondamentalmente come un problema di giustizia del caso singolo, e cioè di equità.“

²³⁾ Appell. Trento, 14. 1. 1957 in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958, S. 11; Appell. Palermo 6. 12. 1957 in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958, S. 647; *Gangi*, a. a. O. S. 274 (mit Einschränkung auf „fraus legis“); *Morelli*, „Diritto processuale civile internazionale“, Padova 1954 S. 337.

²⁴⁾ Gegen die Anerkennung Appell. Milano, 27. 12. 1938 in *Giur. comp. di dir. intern. pr.* VIII (1942) S. 142; Cass. 8. 10. 1953 in *Giustizia civile* 1953, S. 3046 (in der Anmerkung von *Parisi* umfangreiche Literaturhinweise); Appell. Catanzaro 1. 2. 1957 in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958, S. 112.

Gegen die Anerkennung auch *Gangi*, a. a. O. S. 276; *Salvioli*, „Sentenze straniere di divorzio e il Concordato con la Santa Sede“, *Riv. di dir. intern.* 1932, S. 539, mit Hinweis auf die ausschließliche Gerichtsbarkeit der kirchlichen Gerichte.

Für die Anerkennung *Miele*, a. a. O. S. 95; (Literatur S. 94, Anm. 12); *Cansacchi*, „Delibazione di sentenze estere di divorzio relativa a matrimoni concordatari“, *Giur. comp. di dir. intern. pr.* VIII (1942) S. 149 (ältere Literatur S. 149, Anm. 2).

²⁵⁾ Appell. Milano, 7. 6. 1957 (deutsche Eheleute) in *Foro Padano*, 1957 II, S. 47; Appell. Trento, 8. 5. 1957 in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958, S. 114; Appell. Roma, 6. 2. 1957 in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958, S. 293; Cass. 11. 6. 1959, *Mass. Giur. it.* 1959, S. 373 (deutsches Urteil).

- b) werden jedoch nicht anerkannt, wenn es sich um in Italien geschlossene Konkordatshehen handelt, da die ausschließliche Gerichtsbarkeit der kirchlichen Gerichte verletzt ist²⁶⁾.

Die Fragen sind, wie aus den Anmerkungen zu ersehen ist, in der Lehre heftig umstritten, insbesondere, was die Konkordatshehe angeht. Die Rechtsprechung hat dagegen in der letzten Zeit eine einheitliche Linie gezeigt, an die wir uns halten können und müssen, wenn wir die Folgen einer in Deutschland ausgesprochenen Scheidung bedenken wollen.

Die der Anerkennung günstig gesinnte Praxis einiger Gerichtshöfe²⁷⁾ wurde durch ein Gesetz vom 30. Juli 1950 unterbunden, das den art. 72 C. d. p. c. neu faßte und dem Staatsanwalt ein Anfechtungsrecht gegenüber allen Entscheidungen in Eheprozessen, die nicht die „separazione personale“ betreffen, gewährte²⁸⁾.

2. Teil: Die separazione personale

I Einleitung

Das Problem, ob der deutsche Richter eine Trennung von Tisch und Bett zwischen Eheleuten, deren Heimatrecht dies vorsieht, aussprechen kann, ist in der Lehre oft diskutiert worden²⁹⁾. Von der Rechtsprechung ist die Frage übereinstimmend verneint worden, nachdem ein Plenarbeschluß des Reichsgerichts³⁰⁾ der Diskussion in der Rechtsprechung ein Ende gesetzt hatte. Der Streit hat zwei Phasen; die erste ist die Zeit, in der das deutsche Recht noch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kannte, die zweite beginnt mit dem Erlaß des Ehegesetzes von 1938, durch das dieses Rechtsinstitut ersatzlos gestrichen wurde.

²⁶⁾ Appell. Trento, 29. 5. 1957 in Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers. 1958, S. 114; Appell. Roma, 7. 5. 1957, Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers. 1958, S. 293; Appell. Trento, 20. 12. 1957, in Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers. 1958, S. 296; so auch Gangi, a. a. O. 1953, S. 276.

²⁷⁾ Siehe hierzu Woopen, a. a. O. S. 76, sowie die bei Parisi in den Anmerkungen zu dem Urteil des Cass. vom 8. 10. 1953 in Giustizia civile 1953, S. 3046 aufgeführten 13 Urteile des Appellationsgerichts Turin.

²⁸⁾ Text der Vorschrift und Literatur hierzu zitiert bei Woopen, a. a. O. S. 76/77 Anm. 247.

²⁹⁾ Siehe Kahn, Abhandlungen, Bd. II, a. a. O. S. 343 ff; Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 460–476; S. 466, Anm. 26 weitere Literatur; Lewald, a. a. O. S. 12 ff; Staudinger-Raape, a. a. O. S. 381; Reu, „Die Staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht“, Marburg 1938, S. 186 ff; Riezler, „Gerichtliche Zuständigkeit im Internationalen Familienrecht“ in Das Intern. Familienr. Deutschl. und Frankr., a. a. O. S. 518; Maßfeller, „Ehescheidung und Ehetrennung“, ibidem, S. 186.

³⁰⁾ RG Bd. 55 345.

Ein weiteres Problem ist die Anerkennung von Trennungen, die von italienischen Gerichten ausgesprochen oder bestätigt wurden.

Von dem Streit darüber, ob die separazione in Deutschland ausgesprochen werden kann, ist die Frage zu trennen, welche deutsche Kollisionsnorm diese Materie regelt. Ob man hierzu eine extensive Auslegung des Art. 17 I EGBGB heranzieht, oder ob man die Lücke einfach im Geiste des EGBGB füllt, man kommt zu dem Ergebnis: Es ist an das Heimatrecht der Ehegatten, bei verschiedener Staatsangehörigkeit an das Heimatrecht des Ehemannes anzuknüpfen³¹⁾.

Somit wäre italienisches Recht anzuwenden, wenn mindestens der Ehemann Italiener ist. Ob nun hier der deutsche ordre public eingreift, ob „die staatliche Zuständigkeit im Hinblick auf die Eigenart des Streitgegenstandes ratione materiae zu verneinen“³²⁾ sei, steht auf einem anderen Blatt.

Um dies zu beantworten, ist es zunächst notwendig, sich mit den materiellen Vorschriften des italienischen Rechts vertraut zu machen.

II Das italienische materielle Recht³³⁾

Dem Bande nach wird die Ehe nach italienischem Recht nur durch den Tod gelöst. Die eheliche Gemeinschaft kann jedoch aufgehoben werden. Das italienische Recht kennt eine gerichtliche Trennung durch Urteil mit Schuldfeststellung und die gerichtlich bestätigte einverständliche Trennung (*separazione consensuale omologata*). Daneben gibt es eine zeitweise Trennung und die „*separazione di fatto*“, die sich *praeter legem* entwickelt hat.

1. Die Trennung durch Urteil mit Schuldausspruch

Bei Vorliegen eines der in art. 151, 152, 153 C. c. aufgezählten Trennungsgründe kann auf die Klageerhebung eines Ehegatten hin die separazione ausgesprochen werden. Der Güterstand wird aufgehoben, der schuldige Teil verliert das Erbrecht. Es erlöschen die persönlichen Wirkungen der Ehe, soweit sie nicht vermögensrechtlichen Charakter tragen. Für den schuldigen Teil reduziert sich der Unterhaltsanspruch auf ein „*diritto agli alimenti*“.

Durch ausdrückliche Erklärung oder durch das Zusammenwohnen können die Parteien das Urteil rückgängig machen (art. 157 C. c.).

³¹⁾ So auch *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 465: „Hier ist daher einfach das Heimatrecht anzuwenden, also auf Separation . . . zu erkennen, falls nicht die Vorbehaltsklausel eingreift.“

³²⁾ *Riezler*, a. a. O. S. 518.

³³⁾ Vgl. zum Folgenden *Azzolina*, „La separazione personale dei coniugi“, Torino 1948.

2. Die einverständliche Trennung

Die separazione hat nur dann juristische Wirkungen, wenn sie vom Gericht bestätigt worden ist (art. 158 C. c.). Diese Bestätigung (omologazione) setzt einen wirksamen Vertrag voraus, der neben der Trennung von Tisch und Bett noch vermögensrechtliche Bestimmungen, Übereinkünfte über die Art der Kindererziehung, enthalten kann. Einen Schuldausspruch gibt es nicht. Das Erbrecht bleibt bestehen, alle Wirkungen, die sich bei der Trennung durch Urteil an die Schuld eines Ehegatten knüpfen, treten nicht ein. Der Ehevertrag bleibt bestehen. Daß die Wirkungen der separazione consensuale omologata durch einfachen Vertrag rückgängig gemacht werden können, ist allgemeine Auffassung³⁴⁾.

3. Die separazione temporanea

In drei Fällen kann der Richter eine zeitweilige Trennung mit der Folge des Wegfalls der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft aussprechen:

- a) art. 126 C. c., bei Rechtshängigkeit eines Verfahrens auf Nichtigerklärung der Ehe³⁵⁾,
- b) art. 19 Ehegesetz vom 27. 5. 1929 bestimmt das gleiche, wenn das Verfahren vor einem kirchlichen Gericht schwebt³⁶⁾,
- c) art. 562 cod. pen. Bei einem Strafurteil wegen Konkubinats oder Ehebruchs kann der Strafrichter die Trennung für drei Monate aussprechen, womit die Zwischenzeit zwischen Straf- und Zivilurteil überbrückt wird.

4. Die separazione di fatto³⁷⁾

Die separazione di fatto ist die tatsächliche Trennung der Ehegatten ohne gerichtliches Trennungsurteil oder gerichtliche Bestätigung. In art. 158 C. c. wird einer solchen Trennung jede rechtliche Wirkung abgesprochen. Aber durch die Möglichkeit der Ehegatten, die gerichtliche Feststellung einer giusta causa zum Getrennleben zu erlangen, wird doch ein Zustand geschaffen, der einer gerichtlich ausgesprochenen oder bestätigten Trennung gleich-

³⁴⁾ Eine gesetzliche Vorschrift fehlt, da sich art. 157 nur auf die gerichtlich ausgesprochene Trennung bezieht. Doch wird für die einverständliche Trennung das gleiche angenommen. *Gangi*, a. a. O. S. 297; *Jemolo*, a. a. O. S. 449; *Azzolina*, a. a. O. S. 239; für Modifikationen jedoch ist eine neue „omologazione“ notwendig (*Azzolina*, a. a. O. S. 231).

³⁵⁾ Wenn das Verfahren vor deutschen Gerichten schwebt, wird § 627 ZPO angewandt, weil es sich nicht um endgültige Entscheidungen, sondern um vorläufige Maßnahmen prozessualer Natur handelt; vgl. *Riezler*, „Internationales Zivilprozeßrecht“, a. a. O. S. 252.

³⁶⁾ Das erklärt sich aus art. 34 VII des Konkordats zwischen Italien und dem Heiligen Stuhl: „Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile.“

³⁷⁾ Siehe *Azzolina*, a. a. O. S. 207 ff.

kommt, und der, insbesondere im Hinblick auf die gemeinsamen Kinder, der Regelung bedarf. Leben die Kinder bei der Mutter, so übt sie die elterliche Gewalt aus. Die *separazione di fatto* wird als „*lontananza*“ des Vaters im Sine des art. 317 C. c. angesehen³⁸⁾).

III Die *separazione per colpa* in Deutschland

1. Ausspruch der Trennung durch deutsche Gerichte?

Eine Ehetrennung, die die eheliche Gemeinschaft aufhebt, das Eheband aber bestehen läßt, ist dem deutschen Recht fremd. Diese Tatsache allein verhindert noch nicht, daß deutsche Gerichte die Trennung von Italienern aussprechen können. Es müssen weitere Umstände hinzukommen, die im Wesen des Rechtsinstituts liegen und die dem Ausspruch eines Trennungsurteils durch deutsche Gerichte entgegenstehen.

Das Reichsgericht³⁹⁾ hatte in einem Plenarbeschuß erklärt, „daß der deutsche Gesetzgeber den durch eine Trennung von Tisch und Bett herbeigeführten Zustand, die Nachteile und die Gefahren, die das Verbot der Wiederverheiratung für den Hausstand, die Nahrungsverhältnisse, die Erziehung der Kinder und die Sittlichkeit mit sich bringt, schon seit dem Personenstandsgesetz als mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar angesehen, und daß er auch im Bürgerlichen Gesetzbuch jenem Institut die Anerkennung aus ethischen, sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Gründen versagt hat“.

Hiernach schloß sich ein fester Gerichtsgebrauch an⁴⁰⁾, der den Anspruch einer *separazione* ablehnte.

Ein Trennungsurteil bedeutet die rechtliche Sanktionierung des „unerfreulichen“ Zustandes des Getrenntlebens der Ehegatten, ohne die Konsequenz zu ziehen, nämlich die Ehe zu scheiden. Eine Rücksichtnahme auf die religiösen Anschauungen gefährdet in diesem Falle die soziale Ordnung. Ein scheinbarer Widerspruch hierzu ergibt sich daraus, daß ein Trennungsurteil diesen Zustand nicht herbeiführt, sondern oft nur eine schon das Vorliegen eines Trennungsgrundes eingetretene Verfremdung zugunsten

³⁸⁾ Azzolina, a. a. O. S. 212.

³⁹⁾ RG 55 345 ff.

⁴⁰⁾ Siehe die bei *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 466 Anm. 27, angegebenen Urteile. Dieser Gerichtsgebrauch wurde in RG 177 193 ff noch einmal ausdrücklich bestätigt.

Neuere Entscheidungen in diesem Sinne: LG Göttingen, 25. 5. 1948, MDR 1948, S. 361 ff (ehemals litauisches Recht); OLG Hessen, 12. 7. 1950, IPR Rechtspr. 1950/51 Nr. 133, S. 284 ff (S. 289); OLG Celle, 16. 3. 1953, MDR 1953, S. 488 ff (ital. Recht); Bayerisches Oberstes Landesgericht, 9. 9. 1960, FamRZ 1961, S. 220 ff.

des Unschuldigen der Ehegatten geregelt wird. Auch können die Ehegatten das Trennungsurteil durch consensus wieder aufheben (art. 157 C. c.). Dieses ist also kein Hindernis zur Versöhnung.

Hierzu ist zu sagen, daß der Ausspruch der separazione und das vorangehende Verfahren eine rechtliche, öffentliche Sanktionierung der Trennung bringen, ohne, wie bei der Scheidung, den Konflikt zu bereinigen, und daß gerade hierin das im deutschen Sinne Ordnungswidrige eines Urteilspruches liegt.

Kahn⁴¹⁾ hat weiter eingewendet, daß ein Widerspruch darin bestünde, daß wir die italienischen Trennungsurteile anerkennen, ein solches aber selbst nicht aussprechen. Ihm ist Lewald⁴²⁾ gefolgt.

Es ist dies ein interessantes Problem, das sich auch im italienischen IPR findet, das nach herrschender Rechtsprechung den Ausspruch der Scheidung Deutscher in Italien ablehnt, deutsche Scheidungsurteile aber, soweit sie Deutsche betreffen, anerkennt.

Ein Fundamentalunterschied⁴³⁾ zwischen Anerkennung und Ausspruch einer separazione besteht darin, daß die Anerkennung nur die räumliche Ausdehnung eines bereits bestehenden Rechtszustandes bringt, während ein Urteil in Deutschland diesen erst schaffen würde. Bei der Anerkennung wird ein feststehender Zustand in seinen Wirkungen bestätigt, bei dem Urteilsspruch werden diese herbeigeführt. Bei der Anerkennung waren auch schon vorher die Tatsachen der persönlichen Geheimsphäre vor Gericht vorgebracht worden mit dem Ergebnis, daß nicht Lösung, sondern Perpetuierung des Zustandes erreicht worden ist, bei dem Verfahren in Deutschland stünde das noch bevor. So erklärt sich, daß die Anerkennung, die bei uns im Gegensatz zu Italien ipso iure erfolgt, von italienischen Trennungsurteilen, im Gegensatz zum Ausspruch der Trennung durch deutsche Gerichte, nicht dem deutschen ordre public (§ 328 Ziffer 4 ZPO) widerspricht.

⁴¹⁾ a. a. O. S. 343 ff: „Es genügt festzustellen, daß vorliegendenfalls das vom Inlandsrecht angeblich Perhorreszierte ja gerade nicht in der Begründung, sondern vielmehr in der unabänderlichen Aufrechterhaltung der Trennung von Tisch und Bett liegt, und daß es deshalb ein handgreiflicher Widerspruch ist, gerade nur gegen den Ausspruch der Trennung von Tisch und Bett, als mit der inländischen Rechtsanschauung im schroffsten Widerspruch stehend, sich zu verwahren, während man gegen dauerndes Bestehen des Zustandes im Inland nichts einzuwenden hat. Nicht die Zulässigkeit der Separation ist es, die das Inlandsgesetz als unvereinbar mit seinen Rechtsauffassungen angesehen hat, sondern die Unzulässigkeit der Scheidung. Entfällt die Möglichkeit, letztere durchzuführen, so bleibt nichts Prohibitives mehr übrig.“

⁴²⁾ a. a. O. S. 122/123.

⁴³⁾ Siehe hierzu Quadri: „Sull riconoscimento e sull'esecutorietà in Italia delle sentenze estere di divorzio fra stranieri“, Giur. comp. di dir. intern. pr. 1938, S. 66 ff, S. 76; Monaco, „Il riconoscimento in Italia delle adozioni all'estero“, Giur. it. 1950, I, 2, S. 193.

Im Gegensatz zwischen öffentlichen und religiösen Anschauungen haben in Deutschland in dieser Frage die ersteren den Gesetzgeber zum Verbot der Trennung bestimmt. Allein auf die religiösen Anschauungen von in Deutschland residierenden Ausländern Rücksicht zu nehmen, auf die der Inländer nicht, geht nicht an. „Was sich der Inländer gefallen lassen muß im Interesse des Staatswohls, muß auch der hier wohnhafte Ausländer hinnehmen“⁴⁴⁾).

Es ist weiter eingewandt worden, daß es einer Rechtsverweigerung gleichkomme, wenn aus tatsächlichen Gründen Italiener eine Separationsklage in Italien nicht anstrengen könnten⁴⁵⁾. Man kann an die hohen Kosten denken, die dadurch entstehen, daß das italienische Recht persönliches Erscheinen vor Gericht fordert (art. 707 c. d. p. c.).

Welche Hilfsmittel sich in konkreten Streitfällen trotz der Unzuständigkeit der deutschen Gerichte zum Ausspruch der separazione ergeben, wird unten näher zu erörtern sein. Somit ist an der ständigen Rechtsprechung festzuhalten⁴⁶⁾. Die separazione ist nicht nur dem deutschen Recht institutionell fremd, sondern darüber hinaus würde durch die rechtliche Sanktionierung ein Zustand geschaffen, der unserer sozialen Ordnung widerspricht. Die separazione ist nicht als minus in dem maius der Scheidung enthalten⁴⁷⁾, sondern sie ist durch ihr besonderes Wesen der Scheidung gegenüber ein aliud. Dies wird sich noch in besonderem Maße bei der separazione consensuale zeigen.

Die der deutschen Rechtsordnung „wesensfremde“ separazione kann von deutschen Gerichten nicht ausgesprochen werden.

2. Die Anerkennung italienischer Trennungsurteile in Deutschland

a) Das italienische Trennungsurteil betrifft italienische Staatsangehörige

Nach allgemeiner Auffassung⁴⁸⁾ werden Trennungsurteile, die Personen betreffen, deren Heimatrecht dieses Rechtsinstitut kennt, in Deutschland anerkannt. Zu dem scheinbaren Widerspruch dazu, daß die deutschen Gerichte eine Trennung nicht aussprechen können, siehe oben S. 80.

⁴⁴⁾ Staudinger-Raape, a. a. O. S. 381; der Gegenargumentation von *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 464 ist durch die Abschaffung der deutschen Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft der Boden entzogen.

⁴⁵⁾ Soergel-Kegel, a. a. O. S. 182/183; *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 474 oben.

⁴⁶⁾ Maßfeller, a. a. O. S. 186 (Anm. 35); Raape, a. a. O. S. 271; Riezler, „Gerichtliche Zuständigkeit im Internationalen Familienrecht“, a. a. O. S. 518.

⁴⁷⁾ Soergel-Kegel, a. a. O. S. 183.

⁴⁸⁾ Maßfeller, a. a. O. S. 187.

b) Das Trennungsurteil betrifft deutsche Staatsangehörige

Die italienische Praxis⁴⁹⁾ und Lehre⁵⁰⁾ ist für den Ausspruch einer separazione zwischen ausländischen Eheleuten nach italienischem Recht durch italienische Gerichte eingetreten, wenn deren Heimatrecht nur die Scheidung kennt. Begründet wird dies folgendermaßen: Der Inbegriff der Vorschriften, die die Scheidung erlauben und die separazione untersagen bzw. nicht kennen, verstoße gegen den italienischen ordre public. Folglich seien sie durch die italienischen Vorschriften zu ersetzen.

Eine so ausgesprochene Trennung deutscher Eheleute wird in Deutschland nicht anerkannt, d. h. sie existiert für uns nicht⁵¹⁾. Es wird zwar im einzelnen nicht immer festzustellen sein, ob die Abweichung von Art. 17 EGBGB „zum Nachteile“ der deutschen Partei geschah (§ 328 I Ziffer 3 ZPO). Zumindest aber verstößt ein Trennungsurteil, soweit es Deutsche betrifft, gegen den Zweck der deutschen Ehegesetzgebung (§ 328 I Ziffer 4 ZPO).

c) Das italienische Trennungsurteil betrifft Angehörige dritter Staaten⁵²⁾

Hierbei werden wir uns wohl an die Auffassung dieser Staaten halten. Kennt deren Heimatrecht die separazione nicht, versagt aber trotzdem italienischen Trennungsurteilen die Anerkennung nicht, tun wir das gleiche.

IV Die separazione consensuale omologata in Deutschland

Für die Behandlung der separazione consensuale omologata in Deutschland ergibt sich zunächst das Problem, ob hier etwa das Haager Ehewirkungsabkommen anwendbar ist, das ein Eingreifen des deutschen ordre public nicht gestattet. Art. 1 dieses Abkommens spricht von „les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels“. Hierunter fällt nach Frankenstein⁵³⁾ auch die einverständliche Trennung. Es würde also das Heimatrecht der Ehegatten eingreifen, wie bei der separazione per colpa, aber zum Unterschied zu einer nationalen Regelung wäre ein Eingreifen des deutschen ordre public nicht möglich.

Gegen diese Ansicht Frankensteins bestehen Bedenken. Es handelt sich bei der einverständlichen Trennung zwar um eine vertragsmäßige Regelung persönlicher Beziehungen der Ehegatten. Diese hat aber immer einen grundsätzlichen Inhalt: Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Die Pflicht

⁴⁹⁾ Trib. Roma, 18. 2. 1950 in Foro it. 1950, I, S. 488 (griechische Eheleute).

⁵⁰⁾ Morelli, „Legge regolatrice della separazione personale ed ordine pubblico“, in Foro it. 1950 I, S. 760.

⁵¹⁾ Zu dem gleichen Ergebnis kommt Maßfeller, a. a. O. S. 186 für französische Trennungsurteile, die Deutsche betreffen.

⁵²⁾ Siehe Anm. 49.

⁵³⁾ Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 258.

zur ehelichen Gemeinschaft fällt unter art. 1 des Haager Ehewirkungsabkommens, deren Aufhebung aber, wenn das Gericht hierbei eine konstitutive Rolle spielt, fällt unter das Haager Ehescheidungsabkommen. Um dies zu entscheiden, ist auf das Wesen der omologazione näher einzugehen.

Die einverständliche Trennung bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines Trennungsvertrages sowie der gerichtlichen Bestätigung⁵⁴⁾. Vor einer solchen „omologazione“ hat der Vertrag keine bindende Wirkung, er ist einseitig widerrufbar⁵⁵⁾. Die gerichtliche Bestätigung dient außerdem der Kontrolle der Vertragsbestimmungen, die die gemeinsamen Kinder angehen⁵⁶⁾, aber auch den Abmachungen, die die Eheleute selbst betreffen, kann die Zustimmung verweigert werden, z. B. wenn die Eheleute sich der gegenseitigen Treupflicht entbinden oder ein Ehegatte auf den Unterhalt verzichtet. Ein weiterer Zweck der omologazione ergibt sich aus den Verfahrensvorschriften (art. 711 C. d. p. c.). Der Richter hat zunächst mit den Ehegatten einzeln, dann gemeinsam in einem Sühnetermin zu versuchen, eine Versöhnung zu erreichen.

Aus dieser Tatsache, daß diese omologazione⁵⁷⁾ nicht eine bloße gerichtliche Bestätigung, sondern eine nach genauer Prüfung der Vertragsbestimmungen getroffene Entscheidung⁵⁸⁾ ist, die die Ehetrennung zur Folge hat, ergibt sich, daß auch diese Art der Trennung dem Haager Ehescheidungsabkommen zuzuordnen ist. Diese Auffassung findet ihre Stütze auch in der belgischen Rechtsprechung, die die „séparation par consentement mutuel“ des holländischen Rechts dem Haager Ehescheidungsabkommen unterstellt hat⁵⁹⁾.

Diese Konvention ist aber von Deutschland gekündigt worden, so daß die Vorschriften des EGBGB eingreifen. Wie bei der separazione di colpa ist das Heimatrecht grundsätzlich maßgebend, vorbehaltlich des deutschen ordre public.

⁵⁴⁾ *Jemolo*, a. a. O. S. 442: „... l'omologazione non è presupposto di esistenza, bensì condizione di efficacia della separazione.“

⁵⁵⁾ Trib. Napoli, 6. 2. 1947 in Riv. di dir. proc. 1948 II, S. 298 sowie die Anmerkung von *Carnelutti*, „Revocabilità del consenso del coniuge alla separazione personale“, a. gl. O.

⁵⁶⁾ Beispiele siehe *Azzolina*, a. a. O. S. 180.

⁵⁷⁾ Über die Bedeutung, die gerade der omologazione des italienischen Rechts für die einverständliche Trennung im Vergleich mit anderen Rechtsordnungen zukommt, siehe *Richard-Prassinos*, „Le divorce et la séparation de corps en droit comparé et en droit international privé“, Paris 1928, S. 130/131.

⁵⁸⁾ Diese Entscheidung steht dem Urteil, das das Vorliegen einer giusta causa zum Getrenntleben feststellt und das dem Haager Ehewirkungsabkommen untersteht, sehr nahe. Während aber bei einem solchen Urteil das vorübergehende Entfallen der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft festgestellt wird, hat die omologazione eines Trennungsvertrages deren Aufhebung zur Folge.

⁵⁹⁾ Siehe Entscheidung des Tribunal civil de Bruxelles vom 8. 5. 1908 in *Kosters-Bellemans*, a. a. O. S. 209; vgl. auch die Entscheidung des gleichen Gerichts vom 4. 7. 1913, a. gl. O. S. 218.

Um die Möglichkeit einer Bestätigung eines Trennungsvertrages durch deutsche Gerichte zu prüfen, ist es wichtig, den Zweck und die Ergebnisse der Regelung zu kennen.

Die „ratio legis“ der einverständlichen Trennung ist, daß hier die Möglichkeit gegeben ist, von einer Untersuchung der der privaten Sphäre angehörenden Trennungsgründe abzusehen und lediglich die Vertragsbestimmungen zu prüfen⁶⁰⁾. Azzolina bezeichnet als weiteren Zweck den sozialen Frieden, Ausschluß von Skandalen und den Schutz der moralischen Interessen der Kinder. Es bleibt aber, wie bei der separazione per colpa, das Ergebnis, daß die Eheleute ihrer Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft entbunden werden, ohne daß die Ehe gelöst wird. Die Trennung wird hier weitgehend erleichtert, da das Vorliegen eines Vertrages genügt, besondere Trennungsgründe nicht vorhanden sein müssen⁶¹⁾.

Diese erleichterte Trennung durch gerichtliche Bestätigungen einer einverständlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ohne Auflösung des Ehebandes verstößt, genau wie der Ausspruch der separazione per colpa, gegen den deutschen ordre public. Abgesehen davon ist eine solche Bestätigung den deutschen Gerichten funktionsfremd⁶²⁾.

Für die Anerkennung gilt dasselbe wie bei der separazione per colpa⁶³⁾.

V Praktische Probleme, verursacht durch die Unzuständigkeit deutscher Gerichte für die separazione

1. Einleitung

An drei Beispielen, die aus der deutschen Rechtsprechung zum materiellen italienischen Recht stammen, soll gezeigt werden, daß die Unzuständigkeit der deutschen Gerichte zum Ausspruch der separazione keine ungerechten oder unbilligen Folgen für den unschuldigen Teil hat. Das Besondere an diesen Fällen ist weiter, daß ihre Lösung nicht mit Hilfe des deutschen ordre public zustande kommt, sondern sich aus der sinngemäßen Anwendung italienischen materiellen Rechts ergibt.

2. Herstellungsanspruch (Urteil des RG vom 17. 2. 1936)⁶⁴⁾

Der Kläger hatte in diesem Fall seine Ehefrau auf Herstellung des ehelichen Lebens verklagt, obwohl diese „schwerwiegende Weigerungsgründe“

⁶⁰⁾ Siehe hierzu und zum Folgenden Azzolina, a. a. O. S. 152 ff.

⁶¹⁾ Azzolina, a. a. O. S. 178.

⁶²⁾ So kommt auch Frankenstein zum gleichen Ergebnis, indem er die deutschen Gerichte zu einem solchen Verfahren für „nicht befugt“ hält (Bd. III, a. a. O. S. 259, Anm. 11).

⁶³⁾ Eine einverständliche Trennung von Deutschen nach italienischem Recht wird nicht anerkannt (OLG Köln, 23. 3. 1907 in Rhein. Archiv 104, 132, zitiert nach Frankenstein, Bd. III, a. a. O. S. 259, Anm. 132).

⁶⁴⁾ RG 150 283.

geltend machen konnte, die sie zu einer Trennungsklage berechtigt hätten. Das RG stellte fest, daß „die Anwendung italienischen Rechts, soweit es die Berechtigung, die Eheherstellung zu verweigern, von der Erwirkung eines Trennungsurteils abhängig macht, unter den Umständen des vorliegenden Falles den in Deutschland herrschenden sittlichen Anschauungen zuwiderlaufen würde“. Mit der Anwendung der Vorbehaltsklausel wurde der Herstellungsanspruch abgewiesen.

Wir haben oben gesehen, wie die Ehefrau, um den möglichen Sanktionen des art. 146 C. c. zu begegnen, eine giusta causa zum Getrenntleben gerichtlich feststellen lassen kann. Dieses Prinzip hat sich auch auf den art. 151 C. c. ausgewirkt. „Volontario abbandono“ ist dann kein Trennungsgrund, wenn er durch das Verhalten des anderen Teils verschuldet war. Hinsichtlich dieser „giusta causa“ gibt es eine positive und eine negative Feststellungsklage⁶⁵⁾.

Somit ist es in einem Fall, wie ihn das Reichsgericht entschieden hat, weder möglich⁶⁶⁾ noch notwendig, den deutschen ordre public heranzuziehen. Die Ehefrau kann ihr Recht zum Getrenntleben gerichtlich feststellen lassen. Den etwaigen Sanktionen nach art. 146 C. c. kann sie mit dem gleichen Mittel begegnen. Ein weiterer Grund dafür, daß durch die Unzuständigkeit der deutschen Gerichte, bei Vorliegen eines Trennungsgrundes eine separazione auszusprechen, der unschuldige Teil nicht schutzlos dem Herstellungsbegehren des anderen Ehegatten ausgesetzt ist, liegt darin, daß das italienische Recht eine Herstellungsklage, wie sie sich aus § 1353 BGB ergibt, nicht kennt.

3. Der Anspruch des Vaters auf Herausgabe der Kinder (Urteile des LG Hamburg vom 9. 3. 1940, des OLG Hamburg vom 13. 7. 1949, des OGH für die Britische Zone vom 22. 9. 1950)⁶⁷⁾

Den obengenannten Urteilen lag folgender Fall zugrunde: Italienische Eheleute lebten getrennt („separazione di fatto“). Die vier Kinder befanden sich bei der Mutter. Der Vater machte den ihm auf Grund der elterlichen Gewalt, die im italienischen Recht vaterrechtlich ausgebildet ist, zustehenden Herausgabeanspruch geltend, obwohl ihm schwerwiegende Verfehlungen der Familie gegenüber zur Last fielen.

Das LG hatte dem Vater den Anspruch zuerkannt. Die Berufung der Beklagten beim OLG hatte Erfolg. Gestützt auf ein Gutachten von Raape stellte es fest, „daß bei tatsächlichem Getrenntleben der Eltern die Mutter das Recht hat, mit den Kindern zusammenzubleiben, wenn sie eine „giusta

⁶⁵⁾ Jemolo, a. a. O. S. 455—457.

⁶⁶⁾ Eine solche Feststellungsklage untersteht dem Haager Ehewirkungsabkommen. Es ist daher ein Eingreifen des deutschen ordre public nicht möglich.

⁶⁷⁾ Die Urteile finden sich in IPR Rechtspr. 1945/49 S. 41 ff und in IPR Rechtspr. 1950/51 S. 1 ff.

causa' zum Getrenntleben gegenüber dem Ehemann habe". Sonst sei das Recht der Frau zum Getrenntleben illusorisch, da sie sich als gute Mutter nicht von ihren Kindern trennen könne.

Das OLG führte noch aus, daß, auch wenn das italienische Recht den Anspruch zubilligen würde, dies gegen den deutschen *ordre public* verstoßen würde. In dem Fall wird zwar nicht direkt darauf Bezug genommen, daß eine *separazione personale* nicht erreicht werden kann. Aber es ist aus den Umständen zu entnehmen, daß ein Trennungsgrund vorlag.

Es handelt sich also um die Frage, wie ist ein solches Herausgabeverlangen zu behandeln, wenn eine Trennung, bei der nach Lage des Falles die Kinder der Mutter zugesprochen würden (art. 155 C. c.), trotz Vorliegen eines Trennungsgrundes nicht erreicht werden kann, und die Kinder bei der Mutter leben.

In art. 318 C. c. findet sich das Recht und die Pflicht des Vaters, das Kind, das sich gegen seinen Willen entfernt hat, zurückzurufen⁶⁸⁾. Einen Herausgabeanspruch gegenüber Dritten gewährt art. 318 C. c. nicht. Der Vater kann nur gegenüber einer dritten Person auf Feststellung klagen, daß ihm das Recht zustehe, die Kinder bei sich zu haben.

Gelingt es dem Vater nicht, das Kind zurückzurufen, kann er sich der Hilfe des Vormundschaftsgerichts bedienen. Dieses kann zwar die Hilfe verweigern, von einer „giusta causa“, die ohne gerichtlichen Ausspruch zum Getrenntleben von Vater und Kind oder zum Aufenthalt bei der Mutter berechtigt, findet sich in art. 318 C. c. nichts.

Die Ausübung des Rechts aus art. 318 C. c. ist an die Inhabung der elterlichen Gewalt gebunden. Handelt es sich um eine *separazione di fatto*, so geht die elterliche Gewalt auf die Mutter über, wenn die Kinder bei ihr leben, da hier ein Fall der „*lontananza*“ des art. 317 C. c. vorliegt⁶⁹⁾. Das Gericht hätte also zunächst prüfen müssen, ob dem Vater überhaupt noch die elterliche Gewalt zustand.

Bei Vorliegen eines Trennungsgrundes, den der Vater verschuldet hat, wird dessen Verhalten wohl immer auch als schwere Pflichtverletzung anzusehen sein. Das gibt der Mutter das Recht, über art. 336 C. c. einen Antrag auf Entziehung der elterlichen Gewalt (art. 330 C. c.) zu stellen. Entzieht das Gericht dem Vater die elterliche Gewalt, geht diese *ipso iure* auf die Mutter über (art. 331 C. c.). Dies wäre wohl auch im oben besprochenen Falle die beste Möglichkeit gewesen, zu dem gerechten Ergebnis zu kommen. Auch kann die Mutter nach art. 333 (336) C. c. die Entfernung des Kindes von der väterlichen Wohnung beantragen, wodurch die Trennung legalisiert wird. Gleichzeitig hebt ein dahingehender Beschluß die Rechte des Vaters aus art. 318 C. c. auf.

⁶⁸⁾ *Cicu*, „La filiazione“, a. a. O. S. 324 ff.

⁶⁹⁾ *Azzolina*, a. a. O. S. 212.

Weder der Eingriff des Deutschen *ordre public* noch die Konstruktion einer *giusta causa analog art. 146* waren also notwendig, um zu dem „richtigen“ Ergebnis zu kommen.

Problematisch könnte höchstens die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für solche „*provvedimenti*“ sein. Zuständig ist nach italienischem Recht das „*Tribunale per i minorenni*“ (art. 38 II disp. att.). Einen ähnlichen Aufgabenbereich hat das deutsche Vormundschaftsgericht nach § 1555 BGB, so daß dieses Gericht auch für Beschlüsse nach art. 331, 333 C. c. zuständig sein dürfte.

4. Unterhaltspflicht (Urteil des LG Düsseldorf vom 15. 6. 1951)⁷⁰⁾

Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Italienische Eheleute lebten getrennt. Die Frau verlangte Unterhalt, weil sie aus gesundheitlichen Gründen ihren Unterhalt nicht mehr verdienen konnte. Trennungsgründe waren auf beiden Seiten vorhanden. Eine Trennung war in Deutschland nicht möglich. Das LG gab der Klage der Frau statt.

Dieses Ergebnis ist im vorliegenden Fall voll zu bejahen. Denn auch eine Trennung mit Schuldausspruch für beide Parteien macht die Unterhaltspflicht nicht hinfällig. Nehmen wir jetzt den Fall, daß der allein schuldige Teil Unterhalt verlangt. Kann hier der beklagte Ehegatte das Vorliegen eines Trennungsgrundes geltend machen?

Nach italienischem materiellem Recht hat auch der schuldig gesprochene Teil Anspruch auf Unterhalt (art. 156 II, 1 C. c. „*alimenti*“). Der Unterhaltsanspruch nach art. 433 I Ziffer 1 ist allerdings auf das Notwendigste beschränkt (art. 438 II C. c.) und entspricht nicht dem Anspruch aus art. 145 I C. c., den die ohne Schuld getrennte Ehefrau dem Ehegatten gegenüber geltend machen kann.

Somit kann der beklagte Ehegatte in unserem Fall keinen Erfolg haben, wenn er, etwa mit Hinweis auf Treu und Glauben, sich auf das Vorliegen eines Trennungsgrundes beruft, denn der schuldige Teil behält auch nach erfolgter Trennung als einzigen, aus der Ehe resultierenden vermögensrechtlichen Anspruch ein „*diritto agli alimenti*“.

Die Tatsache, daß deutsche Gerichte kein Trennungsurteil aussprechen können, hat, wenn man von dem graduellen Unterschied zwischen den Ansprüchen aus art. 145 I C. c. und art. 433 C. c. absieht, keinen Einfluß auf das Bestehen eines Unterhaltsanspruches.

⁷⁰⁾ IPR Rechtspr. 1950/51 S. 163 ff (Nr. 70).

Fünftes Kapitel

Die eheliche Kindschaft¹⁾

I Die Abstammung

1. Die Anwendung italienischen Rechts nach deutschem IPR

Nach Art. 18 EGBGB, der zu einer vollständigen Kollisionsnorm auszubauen ist, kommt für die Abstammung italienisches Recht in Deutschland dann zur Anwendung, wenn der Gatte der Mutter die italienische Staatsangehörigkeit besitzt. Für die Anfechtung der Ehelichkeit kommt bei deutscher Staatsangehörigkeit der Mutter deutsches Recht zur Anwendung, wenn das Kind noch minderjährig ist, auch wenn der Muttergatte Italiener ist (Art. 18 II EGBGB).

Die italienische Lehre zur Abstammung des ehelichen Kindes ist gespalten²⁾. Die einen wollen das Recht des Vaters (art. 20 disp. pr. analog) anwenden, die anderen befürworten eine kumulative Anwendung der Heimatrechte des Vaters und des Kindes. Da sich aus keiner der beiden Theorien eine klare Verweisung auf deutsches Recht ergibt, findet kein Renvoi statt.

2. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Abstammungsfragen. Subsidiäre Gerichtsstände

Für die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, für die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Kindschaftsverhältnisses ist, wenn der Beklagte keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat,

¹⁾ Siehe hierzu *Ficker*, „Eheliche Kindschaft“, in *Das Internationale Familienr.* Deutschl. u. Frankr., a. a. O. S. 257 ff; *Henrich*, „Zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes im Internationalen Privatrecht“, in *FamilienRZ*, 1958, S. 122.

²⁾ Für den „cumulo“ *Monaco*, a. a. O. S. 171 und die in Anm. 4 S. 171 erwähnte Literatur: „... il rapporto di filiazione si potrà considerare istituito soltanto quando ciò risulti sia in base alla legge del figlio, sia in base a quella del preteso padre.“ Gegen den „cumulo“ *Balladore Pallieri*, a. a. O. S. 194; *Betti*, „Prolematica...“, a. a. O. S. 441 unten; *Socini*, „La filiazione nel diritto internazionale privato, Milano, 1958, S. 116/117.

Zur Kritik an der kumulierenden Anwendung von Eltern- und Kindesrecht siehe *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 203.

subsidiär bei dem Gerichtsstand des Klägers die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründet. Haben beide Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland, so ist ein Hilfsgerichtsstand beim Landgericht Berlin nur gegeben, wenn mindestens eine Partei die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (§ 642 I Satz 2 ZPO)³⁾.

Dem Art. 18 II EGBGB entspricht § 642 II ZPO. Besitzt die Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit, so ist an dem Landgericht, in dessen Bezirk ihr Wohnsitz liegt, ein Gerichtsstand für Klagen auf Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes begründet. In Kindschaftssachen ist im Gegensatz zu Ehesachen die internationale Zuständigkeit nicht von der Anerkennung der Urteile durch den Heimatstaat der Beteiligten abhängig.

3. Das Anfechtungsrecht des deutschen Staatsanwaltes

Durch die Einführung des Art. 18 II EGBGB ist das Anfechtungsrecht auch auf Fälle ausgedehnt worden, in denen der Vater die italienische Staatsangehörigkeit besitzt. Somit kann die Ehelichkeit eines Kindes bei verschiedener (deutscher und italienischer) Staatsangehörigkeit der Eltern immer vom deutschen Staatsanwalt angefochten werden (Art. 18 I und Art. 18 II EGBGB).

Für alle anderen Fälle, in denen italienisches Recht zur Anwendung kommt, also wenn beide Elternteile Italiener sind, ergibt sich das Problem, ob hier auch der deutsche Staatsanwalt anfechten kann. Dieser Streit ist in der Literatur ausgetragen⁴⁾. Den Ausführungen von *Beitzke*⁵⁾, der insbesondere auf die Gefahr der „hinkenden“ Kindschaftsverhältnisse hinweist, ist voll zuzustimmen, da das italienische Recht, von den Ausnahmefällen des art. 248 C. c. abgesehen, ein Anfechtungsrecht des italienischen

³⁾ Siehe zur Kritik an der Zuständigkeit des Landgerichts Berlin: *Riezler*, „Gerichtliche Zuständigkeit im Internationalen Familienrecht“, a. a. O. S. 526, Anm. 28.

⁴⁾ Siehe zu dieser Kontroverse das Urteil des LG München vom 1. 8. 1950, NJW 1951, S. 378, das den § 1595 a BGB als prozeßrechtlich qualifizierte und daher für anwendbar erklärte. Hiergegen *Beitzke* in der Anmerkung a. gl. O. und ihm folgende Lehre (siehe die bei *Gamillscheg*, „Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt“, in *RabelsZ* 1956, S. 257 ff, S. 259 Anm. 7 angegebene Literatur), die die Vorschrift materiellrechtlich qualifizierte. Der Versuch von *Gamillscheg*, a. a. O. das Anfechtungsrecht des deutschen Staatsanwaltes im Hinblick auf die Verflechtung dieses Gestaltungsrechts mit den öffentlichen Interessen zu retten, fand eine Erwiderung von *Beitzke* („Der deutsche Staatsanwalt im Statusprozeß von Ausländern“, in *RabelsZ* 1958, S. 708 ff (Festgabe für *Alexander Makarov*), der gerade vom Standpunkt des italienischen Rechts aus zuzustimmen ist. So auch *Soergel*, Kommentar zum BGB [8. Auflg. Bd. III, Stuttgart-Köln] 1955, Anm. 7 zu § 1595 a.

⁵⁾ *Beitzke*, a. a. O. S. 721.

Staatsanwaltes nicht kennt, und daher eine Anerkennung deutscher Entscheidungen gefährdet ist⁶⁾).

Der deutsche Staatsanwalt kann die Ehelichkeit eines Kindes italienischer Eltern nicht anfechten.

4. Das italienische materielle Recht

a) *Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit*

Im deutschen Recht gilt jedes Kind, das während der Ehe geboren wird, als ehelich, gleichgültig, ob es vor oder während der Ehe empfangen ist. Dies geschieht durch zwei Vermutungen, erstens, daß der Mann der Frau während der Empfängniszeit beigezogen habe, zweitens, daß zwischen Beiwohnung des Mannes und Geburt ein ursächlicher Zusammenhang bestehe⁷⁾. Die gesetzliche Empfängniszeit beginnt mit dem 302. Tage und endet mit dem 181. Tage vor der Geburt. Sie hat aber, da auch die Beiwohnung während der gesetzlichen Empfängniszeit vermutet wird, nur Bedeutung, wenn die Ehe aufgelöst wird.

Im italienischen Recht ist dies mit einigen Unterschieden klarer gefaßt. Nach art. 231 C. c. ist der Ehemann Vater des während der Ehe empfangenen Kindes. Die Beiwohnung wird vermutet, wenn die Geburt 180 Tage nach der Eheschließung erfolgte und noch nicht 300 Tage seit der Auflösung der Ehe verstrichen sind (art. 232 C. c.).

Aber auch Kinder, die während der Ehe, aber in den unmittelbar der Eheschließung nachfolgenden 180 Tagen geboren sind, gelten als ehelich. Die Ehelichkeit kann auf Grund der frühen Geburt angefochten werden; eine solche Anfechtung kann aber nicht erfolgen, wenn der Vater von der Schwangerschaft vor der Eingehung der Ehe wußte oder er selbst oder sein „procuratore speciale“ die Geburtserklärung vor dem Standesbeamten abgegeben haben (art. 233 C. c.)⁸⁾.

⁶⁾ Für das Problem, ob es zu hinkenden Kindschaftsverhältnissen kommt, ist insbesondere der Art. 4 II des deutsch-italienischen Vollstreckungsabkommens vom 9. März 1936 (RGBl. 1937 II S. 145) wichtig: „Sie (die Anerkennung) ist zu versagen, wenn in der Entscheidung hinsichtlich eines Angehörigen des angerufenen Staates . . . bei der Beurteilung eines für den Anspruch maßgebenden familien- oder erbrechtlichen Verhältnisses . . . andere als die Gesetze angewandt sind, die nach dem Rechte dieses Staates anzuwenden wären. Die Entscheidung ist jedoch anzuerkennen, wenn sie auch bei Anwendung dieser Gesetze begründet wäre.“ Das bedeutet, daß eine Durchbrechung des in beiden Ländern befolgten Staatsangehörigkeitsprinzips zu einer Nichtanerkennung berechtigt, wenn sich nicht gleiche Bestimmungen in der eigenen Rechtsordnung finden. Dem deutschen § 1595 a BGB entspricht keine italienische Vorschrift. Der art. 248 C. c. hat nur Sonderfälle im Auge, wie z. B., wenn das Kind später als 300 Tage nach Auflösung der Ehe geboren ist.

⁷⁾ Soergel, a. a. O. Anm. 1 zu § 1591 BGB.

⁸⁾ Über den heftigen Theorienstreit, der sich an diese Vorschrift hinsichtlich ihrer dogmatischen Begründung knüpft, siehe Cicu, „La filiazione“, a. a. O. S. 27 ff und Stella-Richter-Sgroi, Commentario del Codice civile I. Buch, Bd. II (Delle persone e della famiglia) Torino 1958, S. 19–24.

Kinder, die nach dem Ablauf von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren sind, gelten auch als ehelich, bis die Ehelichkeit angefochten worden ist⁹⁾ (art. 234). Eine Anfechtung dieser „legittimità pietatis causa“¹⁰⁾ kann allein auf die Tatsache gestützt werden, daß das Kind später als 300 Tage nach Auflösung der Ehe geboren worden ist. Jedoch hat die italienische Rechtsprechung einen dem § 1592 II BGB ähnlichen Grundsatz herausgearbeitet¹¹⁾.

b) Anfechtung der Ehelichkeit

Hauptunterschiede zum deutschen Recht sind, daß im italienischen Recht nur der Ehemann oder dessen Erben (art. 246 C. c.) die Ehelichkeit anfechten können. Ein Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes kennt das italienische Recht in den Normalfällen des art. 233, 235 C. c. nicht¹²⁾.

Außerdem ist zu beachten, daß, während § 1594 BGB dem Ehemann eine Ausschlußfrist von einem Jahr für die Anfechtung der Ehelichkeit setzt, im italienischen Recht die Frist nur drei Monate beträgt (art. 244). Lediglich, wenn der Ehemann wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, wird der Lauf der Frist gehemmt (art. 2964 in Verb. mit art. 245 C. c.).

Die Frist beginnt mit der Kenntnis von der Geburt des Kindes an zu laufen (art. 244), während im deutschen Recht die Kenntniserlangung der für die Unehelichkeit sprechenden Umstände entscheidend ist. Auch hier ist das italienische Recht strenger, bzw. der Ehelichkeit günstiger.

Letzteres gilt jedoch nur für die Klagen nach art. 233, 235 C. c. Für die Klage nach art. 234 C. c. ist bestimmt, daß diese unverjährbar ist und außerdem jeder, der daran Interesse hat, anfechten kann, also auch der Staatsanwalt¹³⁾.

5. Probleme, wenn auf Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit italienisches, auf die Anfechtung der Ehelichkeit deutsches Recht zur Anwendung kommt (Art. 18 II EGBGB)

⁹⁾ Siehe *Messineo*, Manuale di diritto civile e commerciale, Bd. II 1. Teil, S. 118: „Ma, sino a che non ne sia dichiarata in giudizio l'illegittimità, il nato, che sia stato denunziato all'ufficio di stato civile come figlio del marito defunto, conserva lo stato di figlio legittimo, quale risulta dal registro di stato civile.“

Über das Problem, ob eine solche Anfechtungsklage durch Art. 18 II EGBGB verdrängt wird, wenn die Mutter des Kindes Deutsche ist, siehe unten S. 92 ff.

¹⁰⁾ Vgl. *Cicu*, a. a. O. S. 86.

¹¹⁾ Trib. Teramo, 29. 3. 1950 in Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1952 S. 534 mit der Anmerkung von *Cicu*, „Legittimità del figlio nato dopo il trecentesimo giorno“, a. gl. O.

Vgl. auch den Beschluß des OLG Tübingen vom 17. 12. 1951, NJW, 1952, S. 942.

¹²⁾ Ausnahme: art. 248 C. c.

¹³⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 84 (Anm. 6 zu art. 248 C. c.); *Cicu*, La filiazione, a. a. O. S. 90.

a) Das Anfechtungsrecht des italienischen Vaters und Art. 18 II EGBGB

Art. 18 II EGBGB hat im wesentlichen den Zweck, dem deutschen Staatsanwalt eine Anfechtung zu ermöglichen. Aber auch der italienische Ehemann kann nach deutschem Recht die Ehelichkeit des Kindes anfechten.

Art. 18 II EGBGB enthält den Begriff Anfechtung der Vaterschaft; hier sollen die deutschen Vorschriften die italienischen ersetzen, im übrigen, d. h. für die Voraussetzungen der Ehelichkeit, bleiben die italienischen Vorschriften weiterhin anwendbar. Unter diese Voraussetzungen fallen Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit. Alles, was dagegen unmittelbar mit der Anfechtung zu tun hat, z. B. die Regel (art. 233 II Ziffer 1 C. c.), daß ein Ehemann, der von der Schwangerschaft seiner Frau vor der Eheschließung wußte, nicht seine Anfechtungsklage auf die Tatsache der Geburt innerhalb von 180 Tagen nach der Eheschließung stützen kann, werden durch die deutschen Vorschriften verdrängt.

Wir sind also gezwungen, die italienischen Vorschriften zu qualifizieren, um zu sehen, wo das deutsche Recht eingreift. Wie wir gesehen haben, gibt es mehrere Möglichkeiten im italienischen Recht, die Ehelichkeit eines Kindes anzufechten. Klar ist, daß die allgemeinen Anfechtungsklagen nach art. 233 und art. 255 von den deutschen Vorschriften verdrängt werden sollen¹⁴⁾.

Die Klage nach art. 234 C. c. jedoch, bei der es sich lediglich um ein Bestreiten (contestare) der Ehelichkeit handelt, ist keine Anfechtungsklage, sondern eher eine negative Feststellungsklage. Dies ergibt sich daraus, daß dem Kinde keine Einwendungen zustehen¹⁵⁾, sein „Status“ also von der Erhebung der unverjährbaren Anfechtungsklage abhängt. Auch daß der italienische Staatsanwalt zur „contestazione“ berechtigt ist, zeigt, daß die Ehelichkeit „bloßer Schein“¹⁶⁾ ist, denn dieses Bestreiten fällt unter die allgemeine Befugnis des Staatsanwaltes zur Berichtigung von Statusfragen¹⁷⁾. *Cicu*¹⁸⁾ spricht überhaupt nur von einer Berichtigungsklage („azione di rettificazione“).

¹⁴⁾ Für Vaterschaftsvermutung und Empfängniszeit gilt weiterhin italienisches Recht, nur tritt ein Verlust des Anfechtungsrechts nach art. 233 II Ziffer 1 u. 2 C. c. nicht ein. Die Vorschrift des art. 233 C. c. wird also, wenn die Mutter eine Deutsche ist, bei ihrer Anwendung in Deutschland durch die Regelung des Art. 18 I und II EGBGB in einen anwendbaren und in einen nicht anwendbaren Teil zerlegt.

¹⁵⁾ Von dem Einwand, daß die Schwangerschaft länger als 302 Tage gedauert habe, abgesehen; vgl. Anm. 11, siehe auch *Carnelutti*, „In tema di contestazione della paternità legittima“ in *Foro it.*, 1958 IV, S. 101.

¹⁶⁾ *Cicu*, a. a. O. S. 87, spricht von einer „apparenza di legittimità“; auch *Cicu*, „Legittimità . . .“ a. a. O. S. 535: „... l'art. 234 non pone alcuna presunzione di legittimità . . . se la ponesse non basterebbe a fare cadere la prova, dedotta dal semplice confronto fra atto di nascita ed atto di morte, che il figlio è nato dopo i 300 giorni.“

¹⁷⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, *Commentario*, a. a. O. S. 84/85.

¹⁸⁾ *Cicu*, „Legittimità . . .“ a. a. O. S. 535.

Nachdem wir festgestellt haben, daß es sich nicht um eine Anfechtungsklage handelt, die Klage nach art. 234 C. c. also nicht unter den Begriff „Anfechtung der Ehelichkeit“ des Art. 18 II EGBGB fällt, taucht die Frage auf, ob nicht der § 1593 BGB einer solchen Klage entgegensteht. Dies ist zu verneinen, denn nur den Vorschriften der §§ 1594 bis 1597 verschafft der Art. 18 II EGBGB im Bereich des nach Art. 18 I EGBGB maßgebenden ausländischen Rechts Geltung, nicht dem § 1593 BGB¹⁹⁾.

Es ist also für Kinder, die nach dem 300. Tag nach dem Tode des Ehemannes der Mutter geboren sind, neben der deutschen Anfechtungsklage²⁰⁾ die Klage nach art. 234 C. c. zulässig, was als praktische Konsequenz die Unverjährbarkeit der Klage und das Anfechtungsrecht eines jeden rechtlich Interessierten (art. 248 C. c.) mit sich bringt.

Dieses Ergebnis widerspricht nicht der „ratio legis“ des Art. 18 II EGBGB, der ja die Anfechtung begünstigen will. Außerdem werden groteske Ergebnisse vermieden²¹⁾.

b) Weitere Konsequenzen der Anwendung des Art. 18 II EGBGB

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Anfechtungsklage, die sich auf die Tatsache stützt, daß das Kind innerhalb der ersten 180 Tage nach Eingehung der Ehe geboren sei, nicht mehr der art. 233 II Ziffer 1 und 2 C. c. entgegensteht.

Kommt Art. 18 II EGBGB zur Anwendung, sind die kürzere Präklusivfrist und der Beginn des Fristablaufs mit der Kenntnis von der Geburt nicht beachtlich²²⁾.

II Die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern

1. Die Anwendung italienischen Rechts auf Grund des deutschen IPR

a) Art. 19 Satz 1 EGBGB

Nach Art. 19 Satz 1 EGBGB, der zu einer allseitigen Kollisionsnorm auszubauen ist, kommt italienisches Recht zur Anwendung, wenn der Vater Italiener ist, nach dessen Tod, wenn die Mutter Italienerin ist.

¹⁹⁾ So *Soergel-Kegel*, a. a. O. S 197.

²⁰⁾ Daß nach deutschem Recht, von dem Fall, daß das Kind am 301. oder 302. Tage nach der Auflösung der Ehe geboren wurde, abgesehen, die unter art. 234 C. c. fallenden Kinder unehelich wären, spielt keine Rolle, da hier die „italienische“ Ehelichkeit nach deutschem Recht angefochten wird.

²¹⁾ Nach Ablauf der Präklusivfrist des deutschen Rechts könnten so unter Umständen auch Kinder, die 10 Jahre nach dem Tode des Ehemannes geboren sind, als ehelich gelten.

²²⁾ Hieraus können sich hinkende Kindschaftsverhältnisse ergeben. Siehe über weitere Folgen *Raape*, „Die Staatsangehörigkeit kraft Eheschließung und kraft Abstammung“ Hamburg 1948, S. 63.

b) Art. 19 Satz 2 EGBGB

Eine Ausnahme macht Art. 19 Satz 2 EGBGB, der die Anwendung deutschen Rechts befiehlt, wenn das Kind trotz Staatsangehörigkeitswechsels der Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit behalten hat.

Nach italienischem Recht erwirbt das minderjährige Kind bei der Einbürgerung des Vaters in Italien nicht die italienische Staatsangehörigkeit, wenn es weiterhin in Deutschland seinen Wohnsitz hat und die deutsche Staatsangehörigkeit behält (art. 12 I legge citt.). Im Regelfall wird aber der Vater kraft elterlicher Gewalt zugleich für die Kinder um „Entlassung“ (§ 19 RSTaG) nachsuchen. Mit dem Erwerb der italienischen Staatsangehörigkeit seitens des Vaters werden dann auch die Kinder Italiener.

c) *Renvoi*

In art. 20 disp. pr. ist für die Beziehungen der Eltern zu ihren Kindern der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Vaterrechts aufgestellt. Das Recht der Mutter ist nur für die uneheliche Kindschaft von Bedeutung. Für den *Renvoi* sind zwei Fälle zu unterscheiden:

aa) Vater Italiener, Mutter Deutsche:

Es findet kein *Renvoi* statt. Nach dem Tode des Vaters kommt Mutterrecht, also deutsches Recht, zur Anwendung.

bb) Vater Deutscher, Mutter Italienerin:

Beim Tode des Vaters tritt kein Statutenwechsel ein, da das italienische Recht, als das nach deutschem IPR maßgebliche Recht der Mutter, auf das deutsche Recht zurückverweist.

2. Probleme der Anwendung materiellen Rechts

a) *Die vaterrechtliche Ausbildung der elterlichen Gewalt im italienischen Recht und der deutsche ordre public*

Zwar steht im italienischen Recht die elterliche Gewalt beiden Eltern zu, aber ausgeübt wird sie nur vom Vater²³⁾, von den Ausnahmefällen der art. 316, 317, 330 C. c. abgesehen. Der Vater ist der gesetzliche Vertreter, er verwaltet das Vermögen des Kindes und hat einen „usufrutto legale“, einen ihm kraft Gesetzes zustehenden Nießbrauch an den Gütern des Kindes, der besonders ausgestaltet ist.

Es ergibt sich das Problem, ob diese stark vaterrechtliche Ausbildung der elterlichen Gewalt gegen den deutschen „ordre public“ verstößt, etwa wenn auf Grund Art. 19 Satz 1 italienisches Recht zur Anwendung kommt, weil der Vater Italiener ist, die Mutter aber die deutsche Staatsangehörigkeit behalten hat.

²³⁾ Messineo, a. a. O. S. 123.

Daß der Grundsatz des Art. 3 II GG ohne weiteres das Eingreifen des deutschen ordre public rechtfertigt, weil ein Verfassungsrechtssatz verletzt ist, ist wohl zu verneinen, zumal der BGH in einer neueren Entscheidung²⁴⁾ einem anderen Verfassungsrechtssatz auch keine absolute Geltung zugemessen hat²⁵⁾.

Bei der Erörterung, ob die vaterrechtliche Ausbildung der elterlichen Gewalt im italienischen Recht gegen den deutschen ordre public verstößt, ist auch darauf hinzuweisen, daß noch das Gleichberechtigungsgesetz einen Stichentscheid des Vaters kannte (§ 1628 BGB). Inwieweit allerdings das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 7. 1959²⁶⁾, das den Stichentscheid des Vaters beseitigte, den deutschen ordre public beeinflussen wird, ist noch nicht abzusehen.

Die Anwendung der italienischen Normen ist zur Zeit noch nicht als eine flagrante Verletzung eines Fundamentalsatzes der deutschen Rechtsordnung anzusehen^{26a)}. Die italienischen Vorschriften sind also vorläufig noch ohne Vorbehalt anwendbar.

b) Der „usufrutto legale“ des Vaters

Der gesetzliche Nießbrauch des Vaters²⁷⁾ umfaßt neben beweglichen Sachen auch Immobiliargüter. Er ist eng mit der Innehabung der elterlichen Gewalt verknüpft, entsteht mit ihr kraft Gesetzes und geht mit ihr verloren, z. B. wenn das Kind die Volljährigkeit erreicht (art. 324 I C. c.). Da er auch den Interessen des Kindes mit zu dienen hat, unterscheidet er sich von dem gewöhnlichen Nießbrauch dadurch, daß er weder veräußert noch belastet werden kann, daß er der Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Kindes nicht unterworfen ist und den Gläubigern des Vaters nur haftet, wenn es sich um Schulden des Vaters für Familienzwecke handelt.

²⁴⁾ Es handelt sich um den Art. 116 II Satz 2 GG, durch den der Grundsatz der Unwandelbarkeit des Eheschließungsstatuts nicht eingeschränkt wird. BGH 11. 6. 1958 in MDR 1958 S. 755.

²⁵⁾ Siehe zu dem ganzen Problemkreis Sigrist, „Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht?“ RabelsZ 1959, S. 54 ff, insbesondere S. 68–70 (Literatur a. gl. O. Anm. 78). Als Entscheidung gegen den ordre public-Charakter des Art. 3 II GG siehe z. B. BayObLG, 6. 10. 1954 in FamilienRZ 1955, S. 138.

²⁶⁾ NJW 1959, S. 1483 ff.

^{26a)} Auch sind die Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 7. 1959 (vgl. hierzu Bosch, FamRZ 1959, S. 406 ff) noch so wenig geklärt, daß man in Verlegenheit käme, durch welche Normen die italienischen Vorschriften im Einzelfall zu ersetzen seien.

²⁷⁾ Nicht des Adoptivvaters (art. 301 IV C. c.), auch nicht des unehelichen Vaters (art. 260 I C. c.).

Kann in Deutschland ein solcher Nießbrauch an Grundstücken des Kindes eingetragen werden? In dem Konflikt zwischen dem Art. 19 EGBGB und der *lex rei sitae* ist auf letztere Rücksicht zu nehmen. Einen Nießbrauch an Immobilien, der kraft Gesetzes entsteht, kennt das deutsche Recht nicht²⁸⁾. Auch verstößt die besondere Ausbildung des „usufrutto legale“²⁹⁾ gegen den „*numerus clausus*“ der deutschen Sachenrechte.

An deutschen Grundstücken des Kindes kann daher der „usufrutto legale“ des italienischen Rechts nicht begründet werden³⁰⁾.

²⁸⁾ Wenn man von dem Fall der dinglichen Surrogation des § 1075 I BGB absieht, wo der Nießbraucher an einer Forderung kraft Gesetzes den Nießbrauch an dem Gegenstand erwirbt, wenn der Schuldner an den Gläubiger leistet.

²⁹⁾ Es ist in der italienischen Doktrin ein Streit entstanden, ob es sich überhaupt um einen Nießbrauch handelt. Vgl. *Cicu*, a. a. O. S. 341 ff.

³⁰⁾ So *Raape*, a. a. O. S. 550, 593; a. A. *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 206.

Sechstes Kapitel

Uneheliche Kindschaft

I Die Anknüpfung nach deutschem IPR

Von folgenden, von der Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätzen soll in den folgenden Untersuchungen ausgegangen werden¹⁾.

- a) Die Beziehungen zwischen Mutter und Kind bestimmen sich nach dem Heimatrecht der Mutter (Art. 20 EGBGB).
- b) Die Unterhaltspflicht des Vaters sowie deren Voraussetzungen regelt das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt (Art. 21 EGBGB)²⁾.
- c) Die sonstigen Beziehungen zwischen unehelichem Kind und seinem Vater, insbesondere die Möglichkeit einer „Anerkennung mit Standesfolge“ und deren Voraussetzungen regelt das Heimatrecht des Vaters.
- d) Der Name des Kindes bestimmt sich als Teil des Persönlichkeitsrechts nach dem Personalstatut des Kindes³⁾.
- e) Die Ansprüche der Mutter gegen den Vater bestimmen sich nach dem Heimatrecht der Mutter (Art. 21 EGBGB).

II Die drei Grundfälle; Probleme des Renvoi

Für die Anknüpfung an italienisches Recht sind drei Fälle zu unterscheiden. Es soll hierbei angenommen werden, daß ein Statutenwechsel seit der Geburt des Kindes nicht stattfand. Über die speziellen Probleme, die der Statutenwechsel aufwirft, siehe unten S. 109 ff. u. S. 115 ff.

1. Beide Eltern besitzen die italienische Staatsangehörigkeit;
2. Italienische Mutter, deutscher Vater;
3. Deutsche Mutter, italienischer Vater.

¹⁾ Statt aller: *Wengler*, „Uneheliche Kindschaft“ in „Das Intern. Familienrecht Deutschl. und Frankr.“ a. a. O. S. 315 ff; *Raape*, a. a. O. S. 336 ff.

²⁾ Siehe über den ausgetragenen Streit darüber, daß auch die Voraussetzungen der Vaterschaft unter Art. 21 EGBGB fallen: *Zweigert*, „Unterhaltspflicht unter Verwandten“, in „Das Intern. Familienrecht Deutschl. und Frankr.“, a. a. O. S. 444.

³⁾ BGH, Urteil vom 15. 1. 1953 in IPR Rechtspr. 52/53, Nr. 12, S. 19; *Frankenstein*, IV, a. a. O. S. 116.

1. Fall

Alle Beziehungen regelt italienisches Recht. Der Name des Kindes bestimmt sich nur dann nach italienischem Recht, wenn Vater oder Mutter das Kind anerkannt haben, dagegen nach deutschem Recht, wenn beide Elternteile das in Deutschland geborene Kind nicht anerkannt haben, da Staatenlose in Deutschland nach deutschen Gesetzen beurteilt werden, wenn sie ihren Aufenthalt im Inland haben (Art. 29 EGBGB). Das uneheliche Kind erhält also in diesem Fall den Namen seiner unehelichen italienischen Mutter (§ 1706 BGB).

2. Fall (italienische Mutter, deutscher Vater)

a) Beziehungen zur Mutter

Art. 20 EGBGB knüpft primär an italienisches Recht an. Eine Rückverweisung auf deutsches Recht⁴⁾ findet nur statt, wenn die deutsche Vaterschaft feststeht (art. 20 disp. pr.)⁵⁾.

Für die Voraussetzungen der Entstehung der Beziehungen zur Mutter (Mutterschaftsanerkennntnis) findet in keinem Fall ein Renvoi statt, da hier das italienische IPR das Heimatrecht der Mutter maßgebend sein läßt⁶⁾.

b) Die Unterhaltspflicht des deutschen Vaters

Die Unterhaltspflicht des unehelichen deutschen Vaters bestimmt sich zunächst nach italienischem Recht (Art. 21 EGBGB). Dies gilt auch für deren Voraussetzungen. Der Renvoi ist nach herrschender Lehre beachtlich⁷⁾. Hierbei ist es zweckmäßig, zwischen bereits feststehender Vaterschaft und der Erforschung der Vaterschaft als Voraussetzung der Unterhaltspflicht zu unterscheiden:

- aa) Bei schon feststehender Vaterschaft findet für die Unterhaltspflicht über art. 20 disp. pr. ein Renvoi auf deutsches Recht statt. Diesem Renvoi wird auch Raape⁸⁾ zustimmen, der sonst den Renvoi im Hinblick auf die akzessorische Anknüpfung in Art. 21 EGBGB ablehnt, da hier das Heimatrecht der Mutter (ital. Recht) nicht das Kindschaftsstatut zwischen Mutter und Kind (sekundäre Anknüpfung: deutsches Recht), sondern sowohl für die Beziehungen zwischen Mutter und Kind als auch für die

⁴⁾ Die Rückverweisung wird trotz Nichterwähnung des Art. 20 EGBGB in Art. 27 EGBGB einhellig bejaht; vgl. *Soergel-Kegel-Kommentar* 1955, a. a. O. S. 216.

⁵⁾ Text des art. 20 I disp. pr.: „I rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale del padre, ovvero da quella della madre se soltanto la maternità è accertata o se soltanto la madre ha legittimato il figlio.“

⁶⁾ Siehe *Socini*, a. a. O. S. 116/117 Anm. 94.

⁷⁾ Statt aller *Neuhaus*, „Die Verpflichtungen des unehelichen Vaters im deutschen Internationalen Privatrecht“, Stuttgart und Köln 1953, S. 42 ff mit weiterer Literatur.

⁸⁾ *Raape*, IPR, a. a. O. S. 340 und 341 oben.

bereits bestehende Unterhaltspflicht des Vaters deutsches Recht zur Anwendung kommt.

- bb) Für die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht (Erforschung der Vaterschaft) kommt man bei der Frage nach dem geltenden italienischen IPR in Verlegenheit. Die Frage wird noch dadurch kompliziert, daß das italienische materielle Recht drei Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes kennt⁹⁾. Für eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft, die die Unterhaltspflicht des Vaters nach art. 261 C. c. begründen soll, ist die italienische Lehre gespalten. Die einen wollen das Heimatrecht des Vaters und des Kindes gemeinsam anwenden¹⁰⁾ (art. 17 disp. pr. sogenannter „cumulo“), andere Autoren¹¹⁾ und der überwiegende Teil der Rechtsprechung¹²⁾ nur das Recht des Vaters (art. 20 disp. pr. analog).

⁹⁾ Vgl. art. 261 C. c., art. 279 C. c., art. 435 II C. c.; über die Einzelheiten des materiellen Rechts und die speziellen Renvoi- und Qualifikationsprobleme des art. 279 siehe unten S. 113.

¹⁰⁾ Schrifttum siehe bei Zannini, „La ricerca della paternità naturale nel diritto internazionale privato“ Pavia 1949, S. 27 Anm. 2 (Lehre), S. 28, Anm. 1 (Rechtspr.); der gleichen Auffassung auch De Nova, „La ricerca della paternità in diritto interlocale“, in Giur. comp. di dir. intern. pr. IX (1949) S. 59/60.

¹¹⁾ Gegen den „cumulo“: Socini, a. a. O. S. 116/117; Balladore-Pallieri, a. a. O. S. 194; Marazzi, „Il credito alimentare del figlio non riconoscibile e la sua legge regolatrice“, in Giur. it. 1953, I, 1, S. 885; Giorgio Cansacchi, „Le relazioni familiari fra soggetti di diversa cittadinanza e la determinazione della loro legge regolatrice“, Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino (XII) 1938 II, S. 99 ff, S. 137 ff; Cansacchi, „La legge regolatrice della ricerca della paternità“ in Giur. comp. di dir. intern. pr. X (1944) S. 169 (mit Einschränkung für das dem Kinde günstigere Recht); Monaco, a. a. O. S. 176, insbesondere im Hinblick auf Konflikte zwischen Abstammungs- und Anerkennungssystem.

¹²⁾ Rechtsprechung gegen den „cumulo“ und für eine Anwendung des Heimatrechts des Vaters (das Problem ist unter der Herrschaft des Codice von 1865 gleich): Cass. Napoli, 27. 2. 1899 in Foro it. 1899, I, S. 522 (zit. nach Monaco, a. a. O. S. 176), Entsch. des Cass. vom 21. 10. 1925 in Riv. di dir. intern. Bd. 18, 1926, S. 515. Cass. 2. 12. 1933 in Giur. it. 1934, I, 1, S. 94 (2. Leits.); Cass. 30. 4. 1926 in Riv. di dir. intern. 1927, S. 113 (in der Anmerkung von Perassi wird zu dem Problem nicht Stellung genommen); die Entscheidung wendet das Recht des Verpflichteten („legge dell'obbligato“) an; Trib. Messina 27. 1. 1939, Giur. it. 1939, I, 2, 303 (deutsches Kind, italienischer Vater); Trib. Brescia 20. 7. 1949 in Foro Padano, V (1950) I, S. 311 ff (in den Gründen). Eine Mittelmeinung vertritt Cass. 10. 7. 36 (Giur. comp. di dir. intern. pr. III [1938] S. 145), der für die Anerkennung das Recht des Vaters, für die „dichiarazione“ beide Rechte gleichzeitig anwenden will; siehe auch die in sich widerspruchsvolle Entscheidung Cass. 7. 4. 32, Foro it. Rep. 1932 Stichwort filiazione“ Nr. 38/39 S. 686, wo dieser Grundsatz modifiziert wird dahingehend, daß für das Anerkenntnis das Recht des Vaters angewandt wird, wenn dieser anfight, das Recht des Kindes, wenn das Kind das Anerkenntnis anfight. In den Entscheidungen wird nicht immer klar zwischen Unterhaltspflicht nach art. 279 und art. 261 unterschieden. Für erstere wendet die Rechtsprechung im allgemeinen das Ortsrecht der Geburt an (art. 25 II disp. pr.); siehe hierzu unten S. 113 Anm. 66.

Im Ergebnis divergieren die beiden Lehren meistens, da in der Regel im Fall 2 Vater und Kind bei noch nicht festgestellter Vaterschaft verschiedene Staatsangehörigkeit haben. Nur dann, wenn die italienische Mutter das in Deutschland geborene Kind nicht anerkannt hat, dieses also staatenlos ist, folgt über art. 29 disp. pr. in Verbindung mit art. 17 disp. pr. (Wohnsitz des Kindes: deutsches Recht, das auch das Heimatrecht des Vaters ist) oder art. 20 disp. pr. die Anwendung deutschen Rechts mit dem gleichen Ergebnis: ein für uns beachtlicher Renvoi auf deutsches Recht.

Die Lehre vom sogenannten „*rinvio cumulativo*“ bedeutet die Anwendung einer „*risultante restrittiva*“¹³⁾ aus beiden Rechtsordnungen, wodurch ein „*fiktives tertium*“¹⁴⁾, quasi eine neue konstruierte Rechtsordnung, maßgebend wird, die Elemente beider Heimatrechte kombiniert. Sie führt, da immer auch das italienische Recht beachtlich bleibt, zu dem Ergebnis, daß für die Voraussetzungen der Unterhaltsklage und für die Unterhaltsklage selbst (hier Renvoi) zwei verschiedene Statuten zur Anwendung kommen. Für unseren konkreten Fall würde das zugespitzt bedeuten: Die erschwerten Voraussetzungen des italienischen Rechts und danach die für das Kind weniger günstigen Folgen des deutschen Rechts¹⁵⁾,¹⁶⁾.

Geht man den praktischen Gründen für die kumulative Anwendung nach, so findet sich häufig eine enge Verbindung zum italienischen „*ordine pubblico*“¹⁷⁾. Fast scheint es so, daß der Hauptgrund für diese Lehre eine Ausschaltung der Schwierigkeiten dieses Rechtsinstituts ist.

¹³⁾ So Morelli, a. a. O. S. 46; zu dem Folgenden siehe: Malintoppi: „La determinazione della legge regolatrice della ricerca del genitore naturale ed il sistema del rinvio cumulativo“, Riv. di dir. intern. Bd. 36, 1953, S. 386 ff; weitere Erörterungen zur Lehre vom „cumulo“ finden sich bei Ruini, „L'affiliazione nel diritto internazionale privato“ Rivista di diritto civile 1958, S. 69 Anm. 38.

¹⁴⁾ Siehe auch bei Dölle, a. a. O. S. 141, Anm. 21, die Schwierigkeiten, die sich schon aus einer „teilweisen Koppelung“ ergeben. Schon hier spricht Dölle von einem fiktiven tertium ohne normative Basis. Vgl. zu der Lehre von der Kumulation in Deutschland: Sigrüst: „Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht“ RabelsZ 1959, S. 54 ff, der (S. 74) von einem „künstlichen“ Recht spricht, das nur diejenigen Normen enthält, welche beiden Rechtsordnungen gemeinsam sind. Kritik dazu siehe daselbst S. 77 ff.

¹⁵⁾ Für die Beziehungen zur Mutter ist dies der Fall. Hier besteht kein Streit in der italienischen Lehre: Voraussetzungen: italienisches Recht (Mutterrecht), Unterhaltspflicht, wenn die Vaterschaft feststeht: Vaterrecht (art. 20 disp. pr.).

¹⁶⁾ Der deutsche Vater müßte zum Beispiel ein Vaterschaftsanerkennnis nach italienischem Recht abgeben; vgl. AG Heidelberg vom 25. 7. 1949 IPR Rechtsprechung 45/49 S. 51.

¹⁷⁾ So insbesondere Malintoppi, a. a. O. S. 400 ff; aber auch Zannini, „Ricerca...“ a. a. O. S. 29; Barile, „Sul diritto alimentare legale del figlio non riconoscibile nel diritto internazionale privato italiano“, Riv. di dir. intern. Bd. 37 (1954) S. 107; Zannini, „Dichiarazione giudiziale di paternità naturale e obbligazione alimentare verso i figli non riconoscibile nel diritto internazionale privato“, Foro Padano V (1950) S. 313.

Gegen die gleichzeitige Anwendung beider Rechte bemerkt *Frankenstein*¹⁸⁾, daß die Anerkennung ein einseitiger Akt ist, „der eine vorhandene natürliche Abstammung nun auch rechtlich hervortreten läßt. Eine Abstammung ist aber stets etwas Einseitiges; das Kind ist das Kind seiner Eltern, ob es will oder nicht“¹⁹⁾.

Fassen wir zusammen: Mehrere Gründe bestimmen uns, der Lehre, die das Recht des Vaters anwendet (art. 20 disp. pr. analog), zu folgen. Da ist zunächst einmal die überwiegende Rechtsprechung, die sich für sie ausgesprochen hat²⁰⁾. Zweitens hat die Lehre vom „cumulo“ für die gleichzeitige Anwendung zweier Rechtsordnungen, von denen die eine dem Abstammungssystem, die andere dem Anerkennungssystem angehört, ein „non liquet“ zur Folge²¹⁾. In diesem Falle ist sie nicht praktikabel, „funktioniert“ nicht²²⁾, so daß bei einem praktischen Fall in Italien wohl auch notgedrungen die zweite Lehre zum Zuge kommen muß²³⁾. Das System des „cumulo“ mag bei gering voneinander abweichenden Rechtsordnungen zu brauchbaren Ergebnissen führen²⁴⁾; wollte man sie in unserem Fall aufrechterhalten, würde in Italien der italienische ordre public eingreifen, um überhaupt zu einem Ergebnis zu kommen.

¹⁸⁾ *Frankenstein*, a. a. O. IV, S. 82.

¹⁹⁾ Sehr richtig findet sich in den Gründen der Entscheidung des tribunale di Brescia vom 20. Juli 1949 (Foro Padano V (1950) I, S. 311 ff) der Satz (S. 312): „La legge regolatrice sarà quella a cui è sottoposto il soggetto che tali atti pone in essere.“

²⁰⁾ Vgl. OLG Hamburg vom 16. 8. 1935 Giur. comp. di dir. intern. pr. VI (1940) S. 166 ff: „Das ausländische Gesetz ist so auszulegen, wie die Gerichte und Behörden jenes Staates es auslegen.“

²¹⁾ Ein anderes Beispiel gleicher Art ist die „affiliazione“; *Ruini*, a. a. O. S. 169, S. 190 hält hier den „cumulo“ für exakter („tesi più esatta“), aber aus der Unmöglichkeit der praktischen Anwendung (keine Rechtsordnung außer der italienischen enthält eine affiliazione) ergibt sich die analoge Anwendung des art. 20 disp. pr. auch auf die Konstituierung der Beziehungen.

²²⁾ Das Problem taucht im französischen IPR bei der Legitimation auf, wo auch die Kumulation auf starken Widerstand gestoßen ist; siehe hierzu: *Jacques Martin de la Moutte*, „Legitimation“ in *Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs*, a. a. O. S. 344; vgl. auch die Entscheidung des Appellationsgerichts Liège vom 30. 5. 1939 (Giur. comp. di dir. intern. pr. X [1944] S. 169 ff.), die in ähnlicher Problemlage im belgischen IPR das Recht des Vaters anwandte.

²³⁾ *Loiacono*, „Lo scioglimento del matrimonio per divorzio e l'articolo 252 C. c.“ in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958 S. 202 ff; S. 213 entscheidet sich für den „cumulo“ aus Gründen der Logik, Billigkeit und Sicherheit „tranne il caso di contrasto lampante e insanabile tra le varie leggi“, was für unseren Fall zutrifft.

²⁴⁾ Siehe z. B. *Loiacono*, a. a. O. S. 219 ff für kubanisches und italienisches Recht.

Wir kommen also über eine analoge Anwendung des art. 20 disp. pr. auch für die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht des Vaters zu einem Renvoi auf deutsches Recht²⁵⁾.

c) Die sonstigen Beziehungen zwischen Vater und unehelichem Kind regelt das deutsche Recht.

d) Der Name des Kindes bestimmt sich, wenn das Kind von der Mutter anerkannt ist, nach italienischem Recht als dem Personalstatut des Kindes, da das Kind die italienische Staatsangehörigkeit erworben hat (art. 1 Satz 2 legge citt.; art. 261 C. c.). In allen anderen Fällen kommt deutsches Recht zur Anwendung²⁶⁾.

e) Auf die Ansprüche der Mutter gegen den Vater kommt primär italienisches Recht zur Anwendung. Über die speziellen Renvoiprobleme siehe unten²⁷⁾.

3. Fall: Vater Italiener, Mutter Deutsche

a) Die Beziehungen des unehelichen Kindes zu seiner Mutter regeln sich nach deutschem Recht (Art. 20 EGBGB).

b) Die Unterhaltspflicht des Vaters und ihre Voraussetzungen bestimmen sich nach deutschem Recht (Art. 21 EGBGB).

c) Die sonstigen Beziehungen zwischen Vater und Kind bestimmen sich nach italienischem Recht; ein Renvoi findet nicht statt, da das italienische IPR ebenfalls an das Heimatrecht des Vaters anknüpft.

d) Der Name des Kindes bestimmt sich nach deutschem Recht als dem Personalstatut, da das Kind die Staatsangehörigkeit der deutschen Mutter erwirbt (§ 4 RuStG).

e) Die Ansprüche der Mutter gegen den Vater bestimmen sich nach deutschem Recht (Art. 21 EGBGB).

²⁵⁾ Bei anderen Fällen, wo die italienische Lehre eindeutig den „rinvio cumulativo“ vertritt (z. B. Verlöbnisfolgen), respektieren wir selbstverständlich diese Auffassung und wenden italienisches Recht an, ohne uns um den „cumulo“ des ital. IPR zu kümmern, da keine klare Verweisung auf unser Recht (Art. 27 EGBGB) stattfindet.

²⁶⁾ Das Kind ist staatenlos (Art. 29 EGBGB); siehe hierzu Raape, „Die Staatszugehörigkeit kraft Eheschließung und kraft Abstammung“, Hamburg 1948, S. 95.

²⁷⁾ Siehe unten S. 118.

III Probleme der Anwendung materiellen Rechts

1. Einleitung²⁸⁾

Italien folgt wie Frankreich im Recht der unehelichen Kindschaft dem Anerkennungsprinzip. Der Grundsatz, daß die Vaterschaft nicht gerichtlich erforscht werden darf, ist im neuen Codice civile durch weitere Ausnahmen gemildert worden, ist aber noch als herrschendes Prinzip anzusehen.

Erst die Anerkennung durch Vater oder Mutter läßt Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Kinde und seinen Eltern entstehen. Ein nicht anerkanntes Kind gilt als „ignoto“ im Sinne des italienischen Staatsangehörigkeitsrechts. Auch das deutsche Recht kennt ein Vaterschaftsanerkennnis (§ 1718 und § 1720 II BGB). Dieses hat aber nur den Ausschluß der „exceptio plurium“ zur Folge.

Die Erforschung der Vaterschaft ist nur in einigen Fällen gestattet, und zwar:

- a) Bei Zusammenleben der Eltern „more uxorio“²⁹⁾,
- b) wenn sich indirekt die Vaterschaft aus einem Zivil- oder Strafurteil ergibt³⁰⁾,
- c) eindeutige schriftliche Erklärung,
- d) Notzucht,
- e) Besitz des „Status“ eines unehelichen Kindes (art. 269 C. c.).

In art. 270 C. c. finden sich die Fakten, die den Besitz des „Status“ begründen, und es ist auffallend, welch hohe Bedeutung hier den Anschauungen in der

²⁸⁾ Siehe zum Folgenden *Tomforde-Diefenbach-Webler*, „Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter in In- und Ausland“, 5. Auflage 1953; *Raape*, „Die Rechtstellung des unehelichen Kindes nach dem neuen italienischen Zivilgesetzbuch“ Hamburg 1948 sowie *Cicu*, a. a. O. S. 139 ff.

²⁹⁾ Vgl. zu diesem Begriff die Entscheidung des Cass. vom 4. 6. 1959 in *Giur. it. Mass.* 1959 S. 352, wo festgestellt wird, daß ein Zusammenleben „more uxorio“ nicht schon bei ständigem Konkubinat der Eltern gegeben ist, sondern es gehören hierzu „Betragen, gegenseitige Achtung und Gefühle, die normalerweise aus der Ehe erwachsen“. Eine Klage, die die Vaterschaft aus dem ständigen Konkubinat zwischen Arbeitgeber und Dienstmädchen beweisen wollte, wurde nicht zugelassen.

³⁰⁾ Vgl. hierzu *Stella-Richter-Sgroi*, *Commentario*, a. a. O. S. 179/180, Hauptfälle sind hier, daß in einem Verfahren die Ehelichkeit des Kindes wegen erwiesenen Ehebruchs der Ehefrau mit Erfolg angefochten wurde, oder die Entscheidung in einem Verfahren, bei dem ein Anerkennnis mit Erfolg angefochten worden ist. Ein deutsches Urteil, das die Zahlvaterschaft feststellt, kommt hier (etwa, um die „Standesfolge“ zu erreichen) nicht in Frage. Ein solches Urteil bedürfte zunächst einmal der Delibation, um Wirkungen in Italien entfalten zu können, was wohl mit Berufung auf den *ordine pubblico* abgelehnt würde. Zweitens ergibt sich die Vaterschaft aus einem solchen Urteil nicht „indirekt“.

Gesellschaft beigemessen wird³¹⁾. Für die dichiarazione gibt es im einzelnen kompliziert ausgebildete Präklusivfristen (vgl. art. 271 C. c.).

Das Anerkenntnis entfaltet keine Wirkungen gegenüber Dritten, es kann angefochten werden (art. 263 bis 266 C. c.)³²⁾. Anfechtungsberechtigt ist auch der Staatsanwalt³³⁾.

Im allgemeinen wirkt das Anerkenntnis ex tunc³⁴⁾. Ausnahmen hiervon sind der Grundsatz „in praeteritum non vivitur“ für die Unterhaltspflicht³⁵⁾ sowie art. 252 II C. c.

Ehebruchskinder („adulterini“) und Kinder, die aus einer blutschänderischen Verbindung stammen („incestuosi“) können nicht anerkannt werden. Für erstere ist das Verbot durch art. 252 I und II C. c. etwas gelockert. Ehebruchskinder können von dem Elternteil, der nicht durch eine Ehe gebunden ist, anerkannt werden, von dem anderen Teil nur, wenn die Ehe durch den Tod gelöst ist, wobei zur Wirksamkeit des Anerkenntnisses noch ein Gnadenakt des Staatsoberhauptes erforderlich ist. Ist der verheiratete Elternteil die Mutter des Kindes, kann das Kind von dem Vater erst anerkannt werden, wenn die Ehelichkeit mit Erfolg angefochten worden ist (vgl. art. 253 C. c.). Incestuosi können von dem Elternteil anerkannt werden, der zur Zeit der Empfängnis die Blutsverwandschaft nicht kannte.

Das Anerkenntnis durch den Vater verschafft dem unehelichen Kinde eine Stellung, die weit über die des deutschen Rechts hinausgeht. Es erhält den Namen des Vaters (art. 262 C. c.). Dieser sorgt für Ausbildung und Erziehung. Bei dem Tode des Vaters oder der Mutter haben die unehelichen Kinder ein Erbrecht, das im einzelnen kompliziert ausgebildet ist (art. 573 ff C. c.). Im Normalfall entspricht es der Hälfte eines Anteils der ehelichen Kinder (art. 574 I C. c.).

Auch im Recht der unehelichen Kindschaft hat der Vater eine gewisse Vorrangstellung gegenüber der Mutter. Haben beide Eltern das Kind anerkannt, übt der Vater allein die elterliche Gewalt aus (art. 260 C. c.); das Kind erhält nur seinen Namen. Im Staatsangehörigkeitsrecht findet sich in art. 2 II Legge citt. der Grundsatz der „cittadinanza prevalente del padre“, wenn die Vaterschaft nach der Mutterschaft festgestellt ist. Auf dem Gebiet des IPR findet dieser Unterschied Ausdruck in art. 20 I disp. pr., wo für die Beziehungen zwischen Eltern und unehelichem Kind an das Heimatrecht des Vaters angeknüpft wird.

³¹⁾ art. 270 C. c. letzter Absatz lautet: „che essa sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali“; vgl. auch art. 237 C. c.

³²⁾ Über Probleme, die sich hieraus für die Beischreibung nach § 30 PStG ergeben, siehe *Ferid*: „Beischreibung der unehelichen Vaterschaft nach § 30 PStG auf Grund ausländischer Urteile“ in STAZ 1953 S. 50 ff, insbesondere S. 52.

³³⁾ Trib. Napoli, 11. 3. 1958, Foro it. 1958, I, S. 1369.

³⁴⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 137 ff.

³⁵⁾ *Raape*, „Die Rechtsstellung . . .“ a. a. O. S. 34 ff; *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 139.

2. Die Beziehungen des Kindes zur Mutter, das Mutterschaftsanerkennntnis im besonderen

a) Die Anknüpfung

Italienisches Recht kommt für die Beziehungen des Kindes zur Mutter dann zur Anwendung, wenn beide Eltern Italiener sind oder nur die Mutter Italienerin ist und die Vaterschaft nicht feststeht („*accertata*“ art. 20 disp. pr., da sonst ein Renvoi stattfindet). Für die Entstehung dieser Beziehung (Mutterschaftsanerkennntnis) findet kein Renvoi statt. Über Mutterschaftsanerkennntnis deutscher Mütter nach italienischem Recht bei der Legitimation siehe unten S. 125.

b) Materielles Recht

Das italienische Recht fordert für die Entstehung von Rechtsbeziehungen zwischen Mutter und Kind ein Mutterschaftsanerkennntnis. Adulterini und incestuosi können von der Mutter nur anerkannt werden, wenn die Mutter nicht verheiratet bzw. gutgläubig hinsichtlich der Blutsverwandtschaft war. Die Mutterschaft kann außer bei Kindern, die aus Ehebruch oder Blutschande stammen, oder solchen, die auf Grund einer Vaterschaftsvermutung als ehelich gelten, jederzeit gerichtlich erforscht werden (art. 272 C. c.). Eine Erforschung der Mutterschaft ist in den Fällen, von denen nach art. 251, 252 II C. c. das Anerkenntnis gestattet ist, nicht erlaubt (art. 278 II C. c.). Ein adulterino kann nur dann die Mutterschaft gerichtlich feststellen lassen, wenn die Mutter zur Zeit der Empfängnis nicht verheiratet war oder sie selbst oder der Ehemann verstorben ist³⁶⁾.

Diese Klage ist unverjährbar, was das Kind anbetrifft (art. 272 IV C. c.). Seine Erben können die Klage nur erheben, wenn das Kind noch minderjährig oder erst fünf Jahre volljährig zur Zeit seines Todes war. Die Berechtigung zur Klageerhebung vererbt sich nicht „*iure hereditatis*“, sondern „*iure sanguinis*“, d. h. nur direkte Nachkommen sind zur Klageerhebung berechtigt³⁷⁾.

Hat jedoch das Kind bereits Klage erhoben, so sind nach seinem Tode die Erben berechtigt, die Klage weiterzuführen³⁸⁾. Passiv legitimiert sind auch die Erben der Mutter.

Fehlt es an einer Anerkennung von seiten der Mutter, gilt im Gegensatz zum deutschen Recht das Kind als nicht verwandt mit der Mutter³⁹⁾. Das Mutterschaftsanerkennntnis ist ein Rechtsgeschäft, das vom Vaterschafts-

³⁶⁾ Vgl. Cass. civ. 30. 1. 1959 in Foro it. 1959 I S. 783.

³⁷⁾ art. 272 III C. c. spricht von „*discendenti legittimi*“.

³⁸⁾ Vgl. Cass. 4. 4. 1958 in Temi Genovese 1958 S. 179. Dieser Grundsatz gilt aber nicht für das Vaterschaftsanerkennntnis.

³⁹⁾ Dies verkennt die Entscheidung des AG Heidelberg vom 25. 7. 49 in IPR Rechtspr. 45/49 Nr. 29 S. 51.

anerkenntnis unabhängig ist (art. 258), wenn auch in der Praxis beide Anerkenntnisse zusammenfallen können.

Die Mutter hat nach der Anerkennung die elterliche Gewalt inne, wenn der Vater das Kind entweder nicht anerkennt, gestorben oder sonst verhindert ist (art. 260 C. c.). Das „tribunale per i minorenni (disp. att. art. 38 in Verbindung mit art. 260 III C. c.) kann die elterliche Gewalt dem Vater entziehen und der Mutter zuweisen. Diese hat die Unterhaltungspflichten allein zu tragen, wenn der Vater nicht anerkannt oder gerichtlich festgestellt worden ist (art. 261 C. c.).

c) *Ordre public* und § 29a PStG

Eine italienische Mutter kann ihr Kind vor dem Standesbeamten in Deutschland anerkennen (§ 29a Satz 1 PStG), desgleichen die deutsche Mutter bei italienischem Vater. Dieses Anerkenntnis wird in Italien anerkannt, da für Akte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit keine ausschließliche Zuständigkeit beansprucht wird, was sich schon aus dem Vorhandensein einer Vorschrift wie art. 801 C. d. proc. civ. ergibt. Ob ein Anerkenntnis bei Kindern, die in Deutschland geboren sind, lediglich in der Anmeldung beim Standesbeamten zu erblicken ist (art. 254 C. c. „atto di nascita“), ist zweifelhaft. Die Eintragung muß von dem Willen der Mutter^{39a)} getragen sein, dem Kind die Rechtswirkungen eines Anerkenntnisses zukommen zu lassen, was sich nicht von selbst versteht^{39b)}. Das Kind kann eine gerichtliche Feststellung der Mutterschaft (art. 272 C. c.) durch ein deutsches Gericht erlangen⁴⁰⁾.

Anerkenntnisse werden dann keine Anerkennung finden in Italien, wenn sie gegenüber nicht anerkennungsfähigen adulterini oder incestuosi abgegeben worden sind und wir sie unter Berufung auf den deutschen *ordre public* gültig sein lassen⁴¹⁾. Andererseits gehören die Vorschriften, die zwi-

^{39a)} Geschäftsfähigkeit wird im allgemeinen vorliegen, da art. 250 II C. c. der minderjährigen, unehelichen Mutter ab 14 Jahren eine partielle Geschäftsfähigkeit verleiht.

^{39b)} Siehe hierzu *Schmitt-Peters*, „Die Eintragungen in deutsche Personenstandsbücher in Fällen mit Auslandsberührung“, Frankfurt/Main 1960 S. 126 ff.

⁴⁰⁾ Daß hier ein Gestaltungsurteil erlassen wird, im deutschen Verfahrensrecht aber ein Feststellungsurteil in Betracht kommt, verstößt nicht gegen den Grundsatz, daß die *lex fori* das Verfahren bestimme, denn es wird ausländisches materielles Recht angewandt (*Riezler*, a. a. O. S. 242/243); vgl. auch *Kegel*, „Internationales Privatrecht“, München und Berlin 1960, S. 291: „Verfahren sind grundsätzlich austauschbar.“

⁴¹⁾ Ein Eingreifen des *ordre public* befürworten *Frankenstein* (IV S. 94), welcher zwar nicht jene Vorschriften als solche, aber deren Folgen für ordnungswidrig hält, und *Raape* (Kommentar, a. a. O. S. 494), der sogar die Frage aufwirft, ob nicht überhaupt die ausländische Vorschrift, die ein Mutterschaftsanerkenntnis verlangt, im ganzen gegen die öffentliche Ordnung verstößt und daher ein Rechtsverhältnis zwischen Mutter und Kind ohne weiteres anzunehmen sei.

schen anerkennungsfähigen und nicht anerkennungsfähigen Kindern unterscheiden, zum italienischen ordre public⁴²⁾.

Praktisch geht es bei dem Problem, ob der deutsche ordre public eingreifen soll, um die Frage, ob dem Kinde hiermit gedient wird, oder ob nicht etwa die Folge eines „hinkenden“ Kindschaftsverhältnisses so schwerwiegende Nachteile für das Kind mit sich bringt, daß es besser ist, die italienischen Vorschriften ohne Vorbehalt anzuwenden. Es ist hier insbesondere auf die Umstände des Einzelfalles und auf die Stärke der Inlandsbeziehungen zu achten.

Im allgemeinen ist meines Erachtens zwischen „riconoscimento“ und „dichiarazione“ zu unterscheiden. Will eine verheiratete italienische Mutter (denn nur um diese handelt es sich bei dem Verbot des art. 252 C. c.), die in Deutschland lebt, ihr Kind nach erfolgter Anfechtung der Ehelichkeit seitens des Ehemannes anerkennen, so wenden wir die italienischen Vorschriften, die ihr dies verbieten, nicht an. Die Mutter hat durch das Anerkenntnis bewiesen, daß sie für das Kind sorgen will. Besser in einem Lande eine Mutter, als überhaupt keine! *Frankenstein*⁴³⁾ weist insbesondere auch auf die Folgen hin, die ein Verbot des Mutterschaftsanerkennnisses nach sich zieht. Die Mutter hätte kein Recht an dem Kind, „also nicht einmal den Anspruch, ihr eigenes Kind auch nur zu sehen oder bei sich aufzuziehen“.

Etwas anders liegt der Fall bei der „dichiarazione della maternità“. Mit Gewalt der Mutter die Sorge für ein Kind anzuvertrauen, das sie nicht will und das aufzunehmen sie nach ihrer heimischen Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, bringt zusammen mit einem aufgezwungenen hinkenden Kindschaftsverhältnis so viele Nachteile für das Kind mit sich, daß ein Eingreifen des deutschen ordre public mit der Folge, daß einer etwaigen Klage auf Feststellung der Mutterschaft eines nicht anerkennungsfähigen Kindes stattgegeben würde, die Lage des Kindes nur verschlimmern würde.

Ein anderes, wenig erforschtes Problem ergäbe sich für eine solche Klage aus dem Internationalen Zivilprozeßrecht, wenn man der Auffassung folgt, daß es sich bei der „dichiarazione giudiziale“ um eine Gestaltungsklage handelt⁴⁴⁾. Die italienischen Vorschriften halten hier ein Verfahren überhaupt für unzulässig. Damit es nicht zum Prozeß kommt, ist ein geheimes Vorverfahren vorgeschaltet (art. 274 C. c.). Die Gestaltungsklage entbehrt hier der gesetzlichen Grundlage; ließe man sie zu, würde man gegen den

⁴²⁾ *Socini*, a. a. O. S. 132.

⁴³⁾ Bd. IV, a. a. O. S. 94.

⁴⁴⁾ Aus einem „ignoto“ wird ein „figlio naturale“. Zwar wird die Abstammung festgestellt, aber es bedarf der „dichiarazione“, damit jene Rechtswirkungen entfalten kann; siehe hierzu das erste Kapitel („I fatti costitutivi dello stato di figlio naturale“) des Buches von *Cosattini*, S. 1 ff, „Il riconoscimento del figlio naturale“, Padova 1942.

Grundsatz des *numerus clausus* der Gestaltungs-klagen, der dem deutschen Recht als der *lex fori* angehört, verstoßen^{44a)}.

Rückhaltlos ist ein Eingreifen des *ordre public* dann zu bejahen, wenn es sich nicht um ein Anerkenntnis, sondern um die Unterhaltspflicht nach art. 279 handelt.

Mit der Lehre, die bei dem Verbot der art. 251/252 C. c. den Eingriff des deutschen *ordre public* befürwortet, kontrastiert § 29a Satz 2 PStG, der dem Standesbeamten die Beurkundung von Mutterschaftsanerkennnissen verbietet, wenn diese Akte im Ausland keine Anerkennung finden. Diese Vorschrift will „hinkende“ Kindschaftsverhältnisse vermeiden⁴⁵⁾. Wie soll aber die italienische Mutter, wenn unser *ordre public* ihr das Mutterschaftsanerkennntnis gestattet, dieses formgerecht abgeben können? Um ihr die Möglichkeit zu geben, ihr (auch nicht anerkennungsfähiges) Kind schon bei der Geburt „formgerecht“ anerkennen zu können, wäre an eine andere Auslegung des § 29a PStG Satz 2 zu denken, dahingehend, daß ein Anerkenntnis vor dem deutschen Standesbeamten nur dann gestattet sein soll, wenn im allgemeinen die Beurkundung von Mutterschaftsanerkennnissen von seiten deutscher Standesbeamter in Italien anerkannt wird. Das Wort „rechtswirksam“ wird also nur auf die Form, nicht auf den Inhalt des Mutterschaftsanerkennntnisses bezogen^{45a)}. Dies kann ein Weg sein; es ist Sache der Praxis, falls sie gegen art. 251/252 C. c. ein Mutterschaftsanerkennntnis auf Grund des deutschen *ordre public* gestattet, das Formproblem zu lösen.

^{44a)} Vgl. aber zur „*ordre-public-Zuständigkeit*“ deutscher Gerichte Neuhaus, „Internationale Zuständigkeit für rechtsgestaltende Entscheidungen“, FamRZ 1959, S. 482 ff (S. 483, Anm. 16).

⁴⁵⁾ Ein Mutterschaftsanerkennntnis gegenüber „*adulterini*“ und „*incestuosi*“ würde in Italien nicht anerkannt (art. 801 C. d. proc. civ. in Verbindung mit art. 797 Ziffer 7 C. c. proc. civ.; deutsche Übersetzung in RabelsZ XV S. 124), denn es verstieße gegen den italienischen *ordine pubblico*; siehe bei Loiacono, a. a. O. das Kapitel „*filiiazione adulterina e ordine pubblico internazionale*“ S. 227 ff. § 29a Satz 2 PStG entspricht auch einem Gedanken, den Wahl („Zum Internationalen Recht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in Personen- und Familiensachen“ RabelsZ 1936 S. 40 ff) ausgesprochen hat, wenn er darauf hinweist, daß man bei Akten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit darauf achten müsse, wie sich das Heimatrecht zu der Zuständigkeit ausländischer Behörden stellt. Auf der anderen Seite ist aber auffallend, daß der deutsche Gesetzgeber gerade im Kindschaftsrecht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach der ZPO im Gegensatz zum Eherecht nicht von der Anerkennung im Ausland abhängig gemacht hat.

^{45a)} Anders die Erlasse der Länderministerien; vgl. z. B. Erl. d. M. d. I. von Baden-Württemberg, StAZ 1959, S. 147: „Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit ist, daß die materiellen Vorschriften des Rechts dieser Länder beachtet sind.“

d) Probleme des Statutenwechsels

Das Statut für die Beziehungen zwischen Mutter und Kind ist wandelbar. Der Kontrast zwischen Anerkennungs- und Abstammungssystem zeigt sich besonders heftig bei einem Statutenwechsel.

Die Beziehungen zwischen der Mutter und ihrem unehelichen Kind gehören zu den Dauertatbeständen, die bei einem Statutenwechsel dem Grundsatz der „uneigentlichen Rückwirkung“ unterliegen⁴⁶⁾, d. h., es „können die nach der früheren Rechtsordnung bestehenden Rechtswirkungen auch vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Statuts an durch jene ersetzt werden, die das neu zuständige Recht vorsieht“⁴⁷⁾.

Es ist zweckmäßig, zu unterscheiden:

aa) Die italienische Mutter wird Deutsche

Hier treten Rechtsbeziehungen nach § 1705 BGB zwischen Mutter und Kind nach dem Statutenwechsel ein, gleichgültig, ob die Mutter das Kind vor dem Statutenwechsel anerkannt hat oder nicht⁴⁸⁾. Das gilt selbstverständlich auch für die nach italienischem Recht nicht anerkennungsfähigen Kinder. Ein solcher Wechsel wirkt *ex nunc*⁴⁹⁾.

Die Personensorge nach § 1707 BGB steht der Mutter zu. Hatte sie das Kind vor dem Statutenwechsel bereits anerkannt, der uneheliche Vater aber nicht, stand ihr nach italienischem Recht die elterliche Gewalt in vollem Umfange zu. Da Vormund der unehelichen Kinder nach deutschem Recht das Jugendamt ist, verliert sie die gesetzliche Vertretung und die Vermögenssorge für das Kind⁵⁰⁾.

bb) Deutsche Mutter erwirbt die italienische Staatsangehörigkeit

Hier würden die Rechtsbeziehungen erlöschen, wenn nicht Art. 20 Satz 2 EGBGB eingriffe⁵¹⁾. Behält also das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit, gilt es gegenüber der deutschen Mutter als ehelich verwandt. Hat es zugleich

⁴⁶⁾ Siehe hierzu *Ferid*, „Der Neubürger im Internationalen Privatrecht“, Berlin-Tübingen 1949 S. 21 ff.

⁴⁷⁾ *Ferid*, a. a. O. S. 27.

⁴⁸⁾ So auch *Frankenstein*, a. a. O. IV S. 90.

⁴⁹⁾ So *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 214, Anm. I, 3 zu Art. 20 EGBGB.

⁵⁰⁾ Siehe *Lewald*, a. a. O. S. 142; vgl. auch zu diesem Problemkreis OLG Karlsruhe 26. 11. 1926 in Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht Bd. 37 S. 388; hat das Kind die italienische Staatsangehörigkeit behalten, steht dieses Ergebnis nicht im Widerspruch zu art. 1 des Haager Vormundschaftsabkommens, das das Recht des Kindes maßgebend sein läßt, da man hier meistens einen Fall von art. 3 annehmen kann; d. h. (deutsches) Ortsrecht ist dann maßgebend, wenn eine Vormundschaft nach italienischem Recht nicht konstituiert ist oder werden kann.

⁵¹⁾ a. A. *Raape*, IPR, S. 337: „Ist gemäß dem alten Statut das Kindschaftsverhältnis zwischen Mutter und Kind entstanden, so bleibt es bestehen, auch wenn es nach den Vorschriften des neuen Statuts nicht entstanden ist.“

mit der Mutter die italienische Staatsangehörigkeit erworben, ist ein Mutterschaftsanerkennnis für die Entstehung von Rechtsbeziehungen notwendig. Nicht anerkennungsfähige Kinder sind von dem Statutenwechsel an nicht mehr mit ihrer Mutter verwandt. Für den etwaigen Eingriff des deutschen *ordre public* gilt das oben Gesagte.

e) Das Mutterschaftsanerkennnis im Erbrecht

aa) Probleme, wenn Erbstatut italienisches, Kindschaftsstatut deutsches Recht ist

Ein solcher Fall kann eintreten, wenn die Mutter eines deutschen unehelichen Kindes später einen Italiener heiratet⁵²⁾ und stirbt.

Das uneheliche Kind ist auch nach dem Statutenwechsel mit seiner Mutter wie ein eheliches verwandt. Das ergibt sich aus Art. 20 Satz 2 EGBGB und § 1705 BGB.

Wer Erbe ist, bestimmt sich nach dem Erbstatut⁵³⁾. Dieses entscheidet auch über die Vorfrage nach der Verwandtschaft⁵⁴⁾. Ist also das Kind entweder nicht anerkannt oder nicht anerkennungsfähig, ist es nach italienischem Recht nicht mit der Mutter verwandt, also auch nicht oder minder erbberechtigt. Das ist eine Folge des Statutenwechsels, daß die Möglichkeit, die Mutter zu beerben, fortfallen kann. Der italienische Richter wird streng nach seinen Regeln entscheiden; wie soll sich der deutsche Richter verhalten?

*Raape*⁵⁵⁾ will in einem ähnlich gelagerten Fall im Verhältnis zum belgischen Recht, wenn einmal ein Rechtsverhältnis zwischen Mutter und Kind entstanden war, ein Erfordernis der Anerkennung nicht gelten lassen. Dem Erbstatut will er die Frage unterstellen, ob das Kind wie ein eheliches oder nur subsidiär erben soll.

Diese Gedanken *Raapes* zum Problem Statutenwechsel und Erbrecht sind von *Ordre-public*-Erwägungen und Billigkeitsgrundsätzen getragen. Man wird sie jedoch nicht zum Prinzip erheben können; höchstens in einem krassen Einzelfall mag der *ordre public* „helfend“ eingreifen.

Für die Fälle, in denen das Kind anerkennungsfähig, aber nicht anerkannt ist^{55a)}, ergibt sich ein Ausweg mit Hilfe des materiellen Rechts. Auch nach dem Tode der Mutter kann das Kind gegen die Erben auf Feststellung der

⁵²⁾ Es sei hier angenommen, daß sie die deutsche Staatsangehörigkeit, die sie ja nach den neuen Bestimmungen nicht *ipso iure* mit der Heirat verliert, aufgegeben hat, oder daß die Eheschließung vor dem 31. 3. 1953 stattgefunden hat.

⁵³⁾ *Martin Wolff*, a. a. O. S. 227; *Raape*, IPR, a. a. O. S. 405.

⁵⁴⁾ *Raape*, IPR, a. a. O. S. 404/405.

⁵⁵⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 495.

^{55a)} Die Anerkennung kann aber unter Umständen, wenn das Kind in Deutschland geboren ist, in der Anmeldung der Geburt beim Standesbeamten zu erblicken sein (vgl. Art. 254, „atto di nascita“); vgl. aber hierzu oben S. 106.

Mutterschaft klagen (art. 276 I C. c.). Diese Klage ist, solange das Kind lebt, unverjährbar. Das Urteil wirkt auch auf die Zeit vor dem Tode der Mutter zurück⁵⁶⁾.

bb) Über praktische Probleme des Mutterschaftsanerkennnisses bei der Legitimation im Verhältnis zum Erbrecht siehe unten S. 126.

cc) adulterini und incestuosi

Für nicht anerkennungsfähige Kinder ergibt sich das Problem, ob, wenn wir unter Berufung auf den deutschen *ordre public* das Mutterschaftsanerkennnis zugelassen haben, ihnen ein Erbrecht gleich einem anerkannten Kinde zugestanden werden soll, obwohl das Erbstatut italienisches Recht dies verneint. Dies ist zu bejahen. Haben wir einmal das Mutterschaftsanerkennnis zugelassen, hat dieses alle Wirkungen des italienischen Rechts. Auch die Unterschiede in der Testamentserbfolge fallen weg (vgl. art. 592/593 C. c.)⁵⁷⁾.

3. Die Beziehungen des unehelichen Kindes zum Vater

a) Die Unterhaltspflicht

Italienisches Recht kommt für den Unterhaltsanspruch dann zur Anwendung, wenn beide Eltern Italiener sind. Besitzt einer der beiden Elternteile die deutsche Staatsangehörigkeit, kommt deutsches Recht zur Anwendung⁵⁸⁾.

⁵⁶⁾ Vgl. Raape: „La posizione giuridica del figlio naturale secondo il nuovo codice civile italiano. Contributo al cosiddetto sistema del riconoscimento in generale“ (Übersetzung: *De Nova*) in *Annuario di diritto comparato*, Bd. 17, 1943, S. 91 ff S. 129; vgl. auch *Stella-Richter-Sgroi*, *Commentario*, a. a. O. S. 216. Eine Rückwirkung ergibt sich auch daraus, daß eine „dichiarazione“ nach art. 277 C. c. dieselben Wirkungen hat wie ein Anerkennnis, das ja nur zu Lebzeiten der Mutter bewirkt werden kann. Also muß auch eine *dichiarazione* nach dem Tode der Mutter die Wirkung haben, daß es bis auf die Zeit der Geburt des Kindes zurückwirkt.

Eine andere Frage im Rahmen des art. 276 I ist die *Passivlegitimation*, wenn der Kläger zugleich Erbe ist, etwa, wenn nicht anerkannte Kinder Testamentserben sind. Die neuere Rechtsprechung (vgl. *trib. Messina* 9. 11. 54, *Giustizia civile*, 1955, I, 496) hat im Gegensatz zu einer früher vertretenen Auffassung (vgl. *Appell. Catania*, 22. 3. 1942, *Foro it.* 1943, I, 286) eine Klage gegen die nächsten Verwandten zugelassen.

⁵⁷⁾ *Frankenstein*, a. a. O. IV S. 372/373, will im allgemeinen (also nicht nur dann, wenn ein Mutterschaftsanerkennnis unter Hinweis auf den *ordre public* zugelassen worden ist) „bei genügender Inlandsbeziehung, vor allem bei inländischem Wohnsitz des Kindes, das fremde Recht mit der Vorbehaltsklausel ausschließen und dem Kinde das gleiche Erbrecht geben wie dem anerkannten unehelichen Kinde“. „Sie (die Ehebruchs- und Inzestkinder) der Mutter gegenüber rechtlos zu machen und gegen alle Natur als Findlinge zu behandeln, widerstrebt dem deutschen Rechtsempfinden.“

⁵⁸⁾ Siehe oben S. 98 ff; über das Problem der Unterhaltsansprüche von Kindern deutscher Mütter gegenüber italienischen Vätern nach italienischem Recht, wenn ein Anerkennnis erfolgt ist, siehe unten S. 115 ff.

Art. 21 Satz 2 EGBGB ist nach herrschender Auffassung gegenüber dem italienischen Vater nicht anzuwenden, da es sich um eine spezielle Vorbehaltsklausel für Ansprüche gegen den deutschen Vater handelt⁵⁹⁾. Es treten also alle Folgen ein, die das italienische Recht vorsieht. Das italienische materielle Recht unterscheidet zwischen Unterhaltsansprüchen für anerkannte und nicht anerkannte Kinder:

aa) anerkannte Kinder

Das italienische Recht kennt zwei Unterhaltspflichten des unehelichen Vaters gegenüber dem anerkannten Kinde:

1. art. 261 C. c.: Anspruch auf Unterhalt und Erziehung⁶⁰⁾.
2. art. 435 II C. c.: Anspruch auf Alimente⁶¹⁾.

Der Anspruch nach art. 261 C. c. geht dem Inhalt nach weiter, denn er umfaßt nicht nur den Unterhalt, sondern auch Erziehung und Ausbildung. Er ist aber zeitlich beschränkt bis zur „Selbsterhaltungsfähigkeit“⁶²⁾, während der Alimentenanspruch nach art. 435 II C. c. immer dann gegeben ist, wenn ein Bedürfnis „*stato di bisogno*“ gegeben ist (art. 438 I C. c.), also praktisch nach dem Erlöschen des Anspruchs nach art. 261 an dessen Stelle tritt. Allerdings schuldet der uneheliche Vater dann dem Grade nach die Alimente erst nach den unehelichen Kindern des alimentefordernden unehelichen Kindes (art. 435 II Satz 2 C. c.), die ihrerseits den in art. 433 Ziffern 1 bis 3 genannten Personen nachstehen (art. 435 I Satz 2 C. c.). Das bedeutet, daß die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters nach dem Erlöschen des Anspruchs aus art. 261 C. c. zurücktritt.

Hauptunterschiede des einmal entstandenen Unterhaltsanspruchs nach art. 261 und art. 435 II C. c. zum Unterhaltsanspruch nach deutschem Recht sind also:

1. Keine Beschränkung auf das Alter von 16 Jahren (§ 1708 BGB)⁶³⁾.
2. Keine Haftung des Vaters vor der Mutter (§ 1709 BGB).
3. Anspruch nicht nur auf eine Geldrente, sondern auch auf Ausbildung und Erziehung.
4. Die Höhe des Unterhaltsanspruchs bemißt sich nicht nach den Lebensverhältnissen der Mutter wie in § 1708 I, sondern nach denen des Vaters.

⁵⁹⁾ Siehe hierzu *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 219 mit Nachweisen.

⁶⁰⁾ art. 261 Satz 1 spricht von „*mantenere, educare*“ und „*istruire*“. Das sind dieselben Ausdrücke, die für die Pflichten der Eltern gegenüber ihren ehelichen Kindern in art. 147 C. c. gebraucht werden; vgl. auch *Raape*, „Die Rechtstellung...“ a. a. O. S. 33: „Wie es scheint, ist es wie ein eheliches zu unterhalten.“

⁶¹⁾ art. 435 II C. c.: „*gli alimenti*“.

⁶²⁾ *Tomforde-Diefenbach-Webler*, a. a. O. Italien S. 3.

⁶³⁾ Interessant ist, daß die Vorschrift des § 1708 BGB in dieser Hinsicht gegen den italienischen *ordre public* verstößt; siehe *Barile*, a. a. O. S. 107, Anm. 19.

bb) Nicht anerkannte oder nicht anerkennungsfähige Kinder unter den Voraussetzungen des art. 279 C. c.

Nicht anerkennungsfähigen oder nicht anerkannten Kindern gibt das italienische Recht einen Alimentenanspruch unter folgenden Voraussetzungen:

1. Die Frist des art. 271 C. c. für die Klage auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft muß verstrichen sein.
2. Vater- oder Mutterschaft müssen sich entweder indirekt aus einem Zivil- oder Strafurteil ergeben, oder
3. es muß sich um Kinder aus einer nichtigen Ehe handeln, deren Eltern bösgläubig diese Ehe geschlossen haben (art. 279 C. c. Ziffer 2 in Verb. mit art. 128 C. c.) oder
4. die Vaterschaft bzw. Mutterschaft muß sich aus einer unzweideutigen („non equivoca“) Erklärung ergeben.

Dieser Anspruch findet seine besondere Bedeutung dann, wenn die Präklusivfrist des art. 271 C. c. für eine „dichiarazione“ verstrichen ist. Er ist aber nur subsidiär, wenn der andere Ehegatte anerkannt hat⁶⁴⁾. Ein Unterhaltsanspruch gegen das Kind entsteht nur bei anerkannten Kindern⁶⁵⁾.

Die italienische Rechtsprechung qualifiziert den Alimentenanspruch des art. 279 C. c. als nicht familienrechtliche Obligation⁶⁶⁾, womit sich über art. 25 II disp. pr. ein Renvoi auf deutsches Recht ergäbe, wenn das Kind in Deutschland geboren ist⁶⁷⁾.

Socini spricht bei Erwähnung des Alimentenanspruchs des art. 279 C. c. von „diritti di natura esclusivamente patrimoniale concretantisi nell'azione alimentare“⁶⁸⁾.

⁶⁴⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 228.

⁶⁵⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 611.

⁶⁶⁾ Entsch. des Cass. vom 6. 3. 1953 in *Giur. it.* 1953, I, 1, S. 886 ff, spricht von einem „diritto meramente patrimoniale“; siehe auch den Kommentar zu dieser Entscheidung von *De Nova* in *Revue critique de droit international privé* 1954 S. 373; weitere Entscheidungen in diesem Sinne: trib. Brescia vom 20. 7. 1949 in *Foro Padano* V 1950 I, S. 311 ff; Appell. Roma 21. 3. 1958, Rep. *Foro it.* 1958, Stichwort „filiazione“ Nr. 94/95 S. 1000; Cass. 16. 4. 1959 in *Archivio di Ricerche giuridiche Massimario* 1959 S. 676 Nr. 1885; klarer ist der Ausdruck von *Barile*, a. a. O. S. 101: „Rapporti patrimoniali non familiari“; siehe auch die Entsch. des Cass. vom 22. 2. 1951 in *Giur. it.* 1951, I, 1, S. 456, 2. Leitsatz: „L'obbligo della somministrazione degli alimenti, anche se derivi da rapporti di diritto familiare, ha natura di rapporto obbligatorio“; so auch in den Gründen der Entsch. des trib. di Milano vom 3. 3. 1954 in *Riv. di dir. processuale* 1954, I, 2, S. 37.

⁶⁷⁾ Ob das Faktum, aus dem sich die deliktische Haftung ergibt, die Geburt („nascita“) oder die Erzeugung („generazione“) ist, ist in der Rechtsprechung umstritten. Im ersteren Sinne die Entsch. des trib. Brescia (*Foro Pad.* V 1950) S. 315; Cass. 16. 4. 1959 *Mass. Archivio Ricerche giuridiche* 1959, S. 676 Nr. 1885 sowie auch *De Nova*, a. a. O. S. 376; für die „generazione“ Cass. 6. März 1953 *Giur. it.* 1953, I, 1, S. 886 ff.

⁶⁸⁾ *Socini*, a. a. O. S. 127.

Nun beschränkt sich aber die Stellung eines nach art. 279 C. c. unterhaltsberechtigten Kindes nicht auf den Unterhaltsanspruch⁶⁹⁾. Die Adoption ist verboten, und wenn bereits erfolgt, ist sie vernichtbar (art. 293 C. c.). Es besteht ein Eehindernis im Sinne des art. 87 C. c.⁷⁰⁾. Über art. 580 C. c. erhalten diese Kinder beim Tode eines Elternteiles einen „assegno vitalizio“; in art. 592 und art. 593 C. c. finden sich weitere Folgen der Unterhaltsberechtigung nach art. 279 C. c. Auch im Staatsangehörigkeitsrecht findet sich ein Hinweis auf diese Vorschrift in art. 2 IV legge citt.⁷¹⁾.

Hieraus ergibt sich zwangsläufig eine Qualifikation des Unterhaltsanspruches aus art. 279 C. c. als „rapporto familiare“⁷²⁾. Ein Renvoi über art. 25 II disp. pr. findet also nicht statt. Über dem Renvoi, resultierend aus einer analogen Anwendung des art. 20 disp. pr., wenn der Vater die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, siehe oben S. 98 ff.

cc) Die nicht anerkennungsfähigen und nicht anerkannten Kinder, die nicht die Voraussetzungen des art. 279 erfüllen, und der deutsche ordre public

Es bleibt noch folgende Frage zu beantworten: Wie sind die nicht anerkennungsfähigen „adulterini“, die „incestuosi“ und die nicht anerkannten Kinder, die nicht einmal die Voraussetzungen des art. 279 erfüllen, zu behandeln? Das italienische Recht gewährt ihnen keinen Unterhaltsanspruch. Hier greift der deutsche „ordre public“ ein⁷³⁾. „Die grundsätzliche Ableh-

⁶⁹⁾ Siehe hierzu und zu dem Folgenden *Cosattini*, a. a. O. S. 5 ff.

⁷⁰⁾ *Cosattini*, a. a. O. S. 10, wendet hier art. 293 IV analog an; so auch *Gangi*, a. a. O. S. 126.

⁷¹⁾ Aus diesen Gründen schlagen *Stella-Richter-Sgroi* Commentario, a. a. O. S. 227 die Einführung „della sostanziale configurabilità di uno status di filiazione non riconoscibile e non riconosciuta“ vor.

⁷²⁾ So die Lehre: *Socini*, a. a. O. S. 128/129; *Marazzi*, a. a. O. S. 888; *Barile*, a. a. O. S. 101; sowie Trib. Messina 27. 1. 1939 Giur. it. 1939, I, 2, S. 303 ff (deutsches Kind, italienischer Vater).

⁷³⁾ So die überwiegende Lehre: *Frankenstein*, IV S. 94; *Zweigert*, a. a. O. S. 445; *Neuhaus*, „Die Verpflichtungen des unehelichen Vaters im deutschen Internationalen Privatrecht“, Stuttgart und Köln 1953, S. 35.

Die Rechtsprechung ist gespalten: AG Geislingen 6. 6. 53 in IPR Rechtspr. 52/53 Nr. 11 S. 18, erklärt alle Vorschriften des italienischen Rechts für sittenwidrig und wendet deutsches Recht an, ebenso AG Heidelberg 25. 7. 49 IPR Rechtspr. 45/49, S. 91; a. A. LG Düsseldorf 24. 6. 1903 in Zeitschrift für Internationales Privat- und öffentliches Recht Bd. 14 (1904) S. 76 ff, sowie LG Stuttgart vom 31. Dezember 1931 (zit. bei *Zweigert*, a. a. O. S. 445). Eine Entscheidung des LG Düsseldorf vom 25. 6. 1954 (jugoslawisches Recht) in MDR 1954 S. 615 stützt sich bei der Ablehnung des Eingreifens des deutschen ordre public zum Teil auf „europäische“ Gedankengänge: „Die Kammer hält es auch nicht für gut möglich, die Regelung des romanischen Rechtskreises, insbesondere des französischen und italienischen Rechts, unter der ein großer Teil der Europäer lebt und auch ein Teil der Deutschen gelebt hat, ohne daß das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden herausgefordert worden wäre, einfach als unsittlich zu kennzeichnen, zumal nicht abzusehen ist, welche Anschauungen bei etwaigen späteren Zusammenschlüssen europäischer Staaten zum Siege gelangen werden.“

nung der Vaterschaftserforschung ist eine Maßnahme der ausländischen Familien- und Gesellschaftspolitik, die bei inländischem Aufenthalt des Kindes unserer Politik weichen muß⁷⁴⁾.

Ein weiteres Argument ist, daß deutsche Interessen insoweit belangt werden, als die deutsche Fürsorge für das Kind aufkommen müßte⁷⁵⁾.

Nicht können diese Kinder auf Anerkennung mit „Standesfolge“ klagen; es ist ihnen lediglich eine Klage auf Zahlung der Alimente zuzubilligen⁷⁶⁾.

b) Die Klage deutscher Kinder gegen italienische Väter auf Anerkennung mit „Standesfolge“

Wenn die Mutter Deutsche, der Vater Italiener ist, kommt für die Unterhaltspflicht und deren Voraussetzungen deutsches, für die sonstigen Beziehungen zum Vater italienisches Recht zur Anwendung (siehe oben S. 102).

Das Problem besteht nun darin, ob mit der Gewähr des Anspruchs nach deutschem Recht die Geltendmachung der Ansprüche nach italienischem Recht, wenn ein gültiges Vaterschaftsanerkennnis vorliegt, ausgeschlossen ist, insbesondere dann, wenn das Kind das 16. Lebensjahr überschritten hat und seine Ausbildung noch nicht vollendet ist. Hierzu ist zu sagen, daß der Art. 21 EGBGB in erster Linie dem Schutz des unehelichen Kindes dient. Wie der uneheliche italienische Vater einen Anspruch im gesondert anzuknüpfenden Vater-Kind-Verhältnis gegen das uneheliche Kind hat (art. 435 I C. c.), kann man dem Kind den weitergehenden italienischen Unterhaltsanspruch nicht verweigern⁷⁷⁾.

Auch eine Klage eines unehelichen deutschen Kindes auf Anerkennung mit „Standesfolge“ („dichiarazione giudiziale“) wird man, wenn die Voraussetzungen des italienischen Rechts vorliegen, zulassen müssen⁷⁸⁾.

c) Probleme des Vaterschaftsanerkennnisses bei Statutenwechsel des Vaters

Die Beziehungen zwischen Vater und unehelichem Kind sind wie diejenigen zwischen Mutter und unehelichem Kind ein Dauertatbestand im Sinne der Lehre vom Statutenwechsel (siehe oben S. 109).

⁷⁴⁾ Neuhaus, a. a. O. S. 35.

⁷⁵⁾ So auch Wengler, a. a. O. S. 330 mit Anmerkungen 42 und 43, wo sich Hinweise auf die Lehre und Rechtsprechung finden.

⁷⁶⁾ Frankenstein, a. a. O. Bd. IV S. 111.

⁷⁷⁾ Staudinger-Raape, a. a. O. S. 592; Neuhaus, a. a. O. S. 16; Wengler, a. a. O. S. 325 will hier nur das ausländische Recht zum Zuge kommen lassen. Das Heimatrecht der Mutter sei das Minimum, was das uneheliche Kind verlangen könne; gegen diese Auffassung Neuhaus, a. a. O. S. 16 Anm. 29.

⁷⁸⁾ So auch Martin Wolff, a. a. O. S. 219; Soergel-Kegel, a. a. O. S. 220/221, auch S. 223; der gleichen Auffassung im Verhältnis zum französischen Recht auch Zweigert, a. a. O. S. 446.

aa) Italienischer Vater wird Deutscher

Die Unterhaltspflicht richtet sich weiterhin nach dem (unwandelbaren) Statut der Mutter (Art. 21 EGBGB). Für die sonstigen Wirkungen sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Der Vater hatte das Kind vor dem Statutenwechsel bereits anerkannt:

Bestehen bleibt der Name des Kindes. Das ergibt sich daraus, daß der Name zu den „wohlerworbenen“ Rechten gehört⁷⁹⁾ oder nach einer anderen Auffassung daraus, daß der Name dem Personalstatut des Kindes folgt⁸⁰⁾.

Die „Standesfolge“ jedoch als Wirkung des *riconoscimento* fällt weg. Das bedeutet, daß das Erbrecht entfällt, da ja das etwaige Erbstatut deutsches Recht geworden ist. Fraglich ist, ob der Unterhaltsanspruch des Vaters gegen das Kind bestehen bleibt. Die Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber dem unehelichen Vater ist der gerechte Ausgleich gegenüber den Leistungen, zu denen der uneheliche Vater seinem Kind nach italienischem Recht verpflichtet ist, wenn er es anerkannt hat. Da der Unterhaltsstatut hier immer deutsches Recht ist⁸¹⁾, kann der Anspruch des Vaters, den das deutsche Recht nicht kennt, bedenkenlos wegfallen⁸²⁾.

Der Vater verliert auch die elterliche Gewalt und damit das Recht der Personen- und Vermögenssorge⁸³⁾.

ß) Das Anerkenntnis erfolgt nach dem Wechsel der Staatsangehörigkeit

Hier hat die Anerkennung nur noch die Bedeutung des § 1718 BGB⁸⁴⁾. War das Kind nicht anerkennungsfähig, so hat das für die Beziehungen des Vaters zum Kind nach deutschem Recht keine Bedeutung mehr.

bb) Deutscher Vater wird Italiener

Die Unterhaltspflicht richtet sich weiterhin nach dem Statut, das nach Art. 21 EGBGB maßgeblich ist.

⁷⁹⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 535.

⁸⁰⁾ *Frankenstein*, (Bd. IV S. 91) kommt zu dem gleichen Ergebnis. Er zählt die Namensgebung zu den abgeschlossenen Tatbeständen, die durch den Statutenwechsel nicht berührt werden.

⁸¹⁾ War die Mutter zur Zeit der Geburt Deutsche, ist Unterhaltsstatut deutsches Recht; war sie Italienerin, findet ein Renvoi auf deutsches Recht statt, da im italienischen IPR das Unterhaltsstatut wandelbar ist (*Tedeschi*, „Gli alimenti“, Torino 1958 S. 403) und an das Heimatrecht des Vaters angeknüpft wird (art. 20 disp. pr.).

⁸²⁾ Vgl. auch *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 535: „Bleibt der volle Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater bestehen, ist es wünschenswert, daß auch der des Vaters gegen das Kind erhalten bleibe.“ Da der erste immer nach deutschem Recht beurteilt wird, kann der zweite wegfallen. Dies beruht aber auf dem Renvoi (siehe vorhergehende Anmerkung).

⁸³⁾ So *Wengler*, a. a. O. S. 326 mit Argument aus Art. 208 EGBGB.

⁸⁴⁾ So auch *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 223, *Frankenstein*, Bd. IV, a. a. O. S. 91.

Durch ein Anerkenntnis kann der nunmehr zum Italiener gewordene Vater die „Standesfolge“ herbeiführen. Das Kind wird erbberechtigt, erwirbt (zusätzlich) die italienische Staatsangehörigkeit und den Namen des Vaters. Es hat auch die Möglichkeit, dies im Klageweg zu erzwingen, allerdings nur im Rahmen des art. 269 C. c. Beachtlich sind jetzt auch die Verbote der Anerkennung nach art. 251/252 C. c.

Fraglich bleibt, welche Wirkungen ein nach art. 1718 BGB vor dem Statutenwechsel abgegebenes Anerkenntnis hat, ob es etwa mit dem Statutenwechsel ipso iure die Wirkung eines *riconoscimento* entfaltet⁸⁵⁾. *Frankenstein* will diese Frage dem neuen Statut unterstellen⁸⁶⁾. Das italienische Zivilrecht wird ein in einer öffentlichen Urkunde ausgesprochenes Anerkenntnis als *riconoscimento* im Sinne der art. 250, 254 C. c. ansehen.

Meines Erachtens kann das aber nicht entscheidend sein. Das Anerkenntnis des ehemals deutschen Vaters hatte ursprünglich nur die Wirkung des Ausschlusses der „*exceptio plurium*“ und begründete eine Beiwohnungsvermutung. Es lagen hierin keinerlei Verpflichtungen, nicht einmal die Verpflichtung zum Unterhalt geschweige denn die Gewährung eines Erbrechts, wie das nach italienischem Recht die rechtliche Folge ist⁸⁷⁾. Auch beweist das Anerkenntnis nach § 1718 BGB nicht positiv die Abstammung⁸⁸⁾.

Das Anerkenntnis nach § 1718 BGB ist ein abgeschlossener Tatbestand, das, von einem bestimmten Willen getragen, bestimmte Rechtsfolgen zur Folge hatte. Unabhängig vom Willen des Anerkennenden jedoch bei einem Statutenwechsel dieses Anerkenntnis jetzt völlig neue, ursprünglich gar nicht beabsichtigte Wirkungen entfalten zu lassen⁸⁹⁾, geht nicht an. Dies widerspricht auch dem Grundsatz der „uneigentlichen Rückwirkung“, denn ein solches Anerkenntnis würde mit dem Statutenwechsel Wirkungen *ex tunc* entfalten, also bis zur Zeit der Geburt des Kindes zurückwirken. Bei Dauertatbeständen können die Wirkungen des alten nur *ex nunc* vom Statutenwechsel an durch die des neuen Statuts ersetzt werden. Nicht kann das neue Statut für die Zeit der Herrschaft des alten Statuts dessen Wirkungen rückwirkend vernichten.

Das Anerkenntnis nach § 1718 BGB kann aber als „*non equivoca dichiarazione scritta*“ im Sinne des art. 279 C. c., also zu Beweis Zwecken, verwandt werden.

⁸⁵⁾ Vgl. *Frankenstein*, Bd. IV, a. a. O. S. 92.

⁸⁶⁾ Statut für die Beziehungen zum Vater ist jetzt italienisches Recht, das nicht auf deutsches Recht zurückverweist (vgl. art. 20 disp. pr.).

⁸⁷⁾ Dies ist nach italienischem Recht um so schwerwiegender, da das Pflichtteilsrecht als *Noterbrecht* ausgestaltet ist.

⁸⁸⁾ *Soergel-Bauer*, Bd. III, a. a. O. F. 388, Anm. zu § 1718 BGB; eine negative Feststellungsklage hinsichtlich des Bestehens eines Kindschaftsverhältnisses kann noch erhoben werden.

⁸⁹⁾ Ein Anerkenntnis nach § 1718 BGB hätte zusammen mit einem Statutenwechsel die Wirkungen eines Testaments.

d) Praktische Probleme des Vaterschaftsanerkenntnisses im Erbrecht

Es lassen sich Fälle denken, bei denen das uneheliche Kind eines Italieners in Deutschland bei seiner deutschen Mutter lebt. Der Vater hat das Kind anerkannt. Somit hat es die deutsche und die italienische Staatsangehörigkeit. Da wir nur die deutsche Staatsangehörigkeit beachten, trägt das Kind den Namen der Mutter, nicht den des Vaters⁹⁰⁾.

Problematisch kann dies für das Erbrecht werden. Stirbt der italienische Vater, so entfaltet die italienische Staatsangehörigkeit des Kindes plötzlich Rechtswirkungen auch in Deutschland. Daß hier nach deutschem Recht das Kind den Namen der deutschen Mutter führt, kann zu praktischen Schwierigkeiten führen.

Hatte der Vater das Kind nicht anerkannt, sondern nur, etwa auf Grund eines deutschen Urteils, Unterhalt gezahlt, so ist auch nach dem Tode des Vaters eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft gegen die Erben des Vaters möglich, allerdings nur in den strengen Grenzen des art. 269 C. c.

4. Ansprüche der Mutter gegen den Vater

Einen § 1715 BGB entsprechenden Anspruch gegenüber dem Vater kennt das italienische Recht nicht. Lediglich über art. 2043 C. c. können Deliktansprüche geltend gemacht werden⁹¹⁾. Es findet hier kein Renvoi über art. 25 II disp. pr. (lex loci delicti commissi) statt auf deutsches Recht (§§ 825/826 BGB), sondern der art. 2043 erfüllt für uns hier den Dienst einer familienrechtlichen Vorschrift⁹²⁾; dies allein vermeidet das unsinnige Ergebnis, daß ein Anspruch, den beide Rechte gewähren, durch einen Renvoi verlorengeht⁹³⁾.

5. Probleme der Angleichung

Insbesondere für die elterliche Gewalt können sich Schwierigkeiten aus der verschiedenen Anknüpfung der Beziehungen zu den beiden Elternteilen ergeben. Wenn die Mutter Deutsche ist und der italienische Vater das Kind anerkannt hat, ergibt sich folgendes: Nach deutschem Recht, das nach Art. 20

⁹⁰⁾ Vgl. Raape, a. a. O. S. 344.

⁹¹⁾ Raape, „La posizione giuridica . . .“, a. a. O. S. 120.

⁹²⁾ Raape, IPR, a. a. O. S. 108/109; S. 265; das Problem ist oben bei dem Deflorationsanspruch ausführlich dargestellt; a. A. mit gleichem Ergebnis Neuhaus, a. a. O. S. 19, der eine Auflockerung der Anknüpfung zugunsten einer Rücksichtnahme auf das Lebensverhältnis befürwortet.

⁹³⁾ Siehe auch Rabel: „Das Problem der Qualifikation“, RabelsZ V (1931) S. 241 ff, S. 266: „Der Schutz der unehelichen Mutter verlangt eine einheitliche Berücksichtigung mit einer gewissen Ausschaltung des Deliktstatuts; die Einmischung der internen Konstruktion stört immer wieder das Kollisionssystem.“

EGBGB maßgebend ist, steht die Personensorge (§ 1707 I Satz 2 BGB) der Mutter, die Vermögenssorge und die Vertretung dem Jugendamt (§ 35 JWG) zu. Nach italienischem Recht, das für die Beziehungen zum Vater maßgebend ist, steht die elterliche Gewalt dem Vater zu (art. 260 C. c.).

Raape befürwortet hier eine Bevorzugung des Rechts der Mutter⁹⁴). Dem ist zuzustimmen, da in einem solchen Falle meistens das Kind bei der Mutter lebt.

⁹⁴) *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 533.

Siebentes Kapitel

Die Unterhaltspflicht zwischen Verschwägerten in gerader Linie und zwischen Geschwistern

I Das Internationale Privatrecht

Über die Unterhaltspflicht zwischen Verschwägerten und Geschwistern ist im EGBGB nichts bestimmt. Daß es hier auf das Personalstatut der Beteiligten ankommt, ist einhellige Auffassung. Haben Berechtigter und Verpflichteter verschiedene Staatsangehörigkeit, will die hL das Heimatrecht des Verpflichteten anwenden¹⁾.

Die italienische Lehre²⁾ wendet hier die Heimatrechte der Beteiligten kumulativ an. *Barile*³⁾ befürwortet als Zeitpunkt das Entstehen der Verwandtschaft. Da nach deutschem Recht das Unterhaltsstatut auf jeden Fall wandelbar ist, kann sich ein Renvoi ergeben, wenn es sich um die Unterhaltspflicht einer Italienerin, die die italienische Staatsangehörigkeit durch Heirat erworben hat, gegenüber ihrer deutschen Schwester handelt.

II Das italienische materielle Recht⁴⁾

Im Unterschied zum deutschen Recht kennt das italienische Recht einen Unterhaltsanspruch zwischen Verschwägerten in gerader Linie und Geschwistern.

1. Verschwägte in gerader Linie

Nach art. 433 Ziffer 4 und 5 C. c. sind Schwiegersöhne und Schwiegertöchter sowie Schwiegerväter und Schwiegermütter zur Unterhaltszahlung

¹⁾ *Raape*, a. a. O. S. 376; *Frankenstein*, Bd. IV, a. a. O. S. 209; *Zweigert*, „Unterhaltspflicht zwischen Verwandten“, in *Das Intern. Familienr. Deutschl. und Frankr.* a. a. O. S. 452, Anm. 57.

²⁾ *Monaco*, a. a. O. S. 178; *Tedeschi*, „Gli alimenti“, Torino 1958, S. 403, Anm. 10; Anm. 8 u. 9 weitere Theorien des italienischen IPR; *Barile*, „L'obbligazione alimentare legale nel diritto internazionale privato italiano“, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Bd. XXII 1947, S. 215 ff, S. 234 Anm. 2, S. 235, Anm. 1.

³⁾ *Barile*, a. a. O. S. 234.

⁴⁾ Vgl. hierzu *Tedeschi*, a. a. O. S. 422 (Nr. 33) und S. 423 (Nr. 34).

verpflichtet. Das bedeutet, daß die Unterhaltspflicht auf Verschwägte in gerader Linie im ersten Grad unter Ausschluß der Stiefeltern und Stiefkinder beschränkt ist.

Außerdem hängt die Unterhaltspflicht von zwei Tatsachen ab. Der Ehegatte, der die Schwägerschaft vermittelt, muß noch leben. Ist er gestorben, müssen gemeinsame Kinder oder Enkel oder Eheleute vorhanden sein, und der Unterhaltsberechtigte darf nicht eine neue Ehe eingegangen sein (art. 434 C. c.).

2. Geschwister

Nach art. 433 Ziffer 6 C. c. sind Geschwister, auch Halbgeschwister, einander zum Unterhalt verpflichtet. Nicht hierunter fallen uneheliche Geschwister⁵⁾. Der Anspruch gegen die Geschwister steht im Range noch nach der Berechtigung, den Unterhalt von den Verschwägerten in gerader Linie zu verlangen.

III Praktische Folgen

1. Die Unterhaltspflicht bei verschiedener (deutscher und italienischer) Staatsangehörigkeit der Beteiligten

Folgt man der herrschenden deutschen Lehre, so sind im Bedarfsfalle jeweils die italienischen Geschwister oder Verschwägerten ihren deutschen Verwandten zum Unterhalt verpflichtet. Diese jedoch schulden im gleichen Fall ihren italienischen Verwandten nichts⁶⁾.

Dieses Ergebnis scheint nicht gerade billig. *Zweigert*⁷⁾ hat hier einen neuen, aber komplizierten Weg gewiesen. Er bezeichnet bei verschiedener Staatsangehörigkeit⁸⁾ als konsequenteste Lösung die Anknüpfung an das Statut der die Verwandtschaft vermittelnden Person. Das wäre bei Geschwistern das Personalstatut des Vaters, bei Halbgeschwistern das des gemeinsamen Elternteils, bei Verschwägerten das Personalstatut des die Schwägerschaft vermittelnden Ehegatten.

Diese Theorie hat den Vorteil, daß die Beziehungen einem einheitlichen Statut unterworfen würden. Ein völliges Absehen von der Staatsangehörigkeit der unmittelbar Beteiligten hat aber auch den Nachteil, daß bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit eines „Dritten“ das Unterhaltsstatut wech-

⁵⁾ *Tedeschi*, a. a. O. S. 424 und Anm. 1, a. gl. O.

⁶⁾ Beispiel von *Raape*, a. a. O. S. 376.

⁷⁾ *Zweigert*, a. a. O. S. 453.

⁸⁾ Für Fälle gleicher Staatsangehörigkeit ist diese Theorie nicht brauchbar, da sie zu dem absurden Ergebnis führen würde, daß deutsche Geschwister einander unterhaltspflichtig würden, wenn ihr Vater die italienische Staatsangehörigkeit erwirbt.

selt. Man könnte vielleicht, um einen Gedanken der italienischen Lehre aufzugreifen, an eine Anknüpfung an das Personalstatut der die Verwandtschaft vermittelnden Person zur Zeit des Entstehens der Verwandtschaft denken.

Eine neuere Stellungnahme der deutschen Rechtsprechung zu diesem Problem steht noch aus.

2. Vorfragen

Ob eine Verwandtschaft vorliegt, die zum Unterhalt verpflichtet ist, richtet sich nach dem Statut des Pflichtigen⁹⁾. Nehmen wir an, es handelt sich um Geschwister mit verschiedener (deutscher und italienischer) Staatsangehörigkeit, die von einer deutschen Mutter stammen. Ist das italienische Kind unehelich, ist es nicht unterhaltspflichtig. Dies ergibt sich aus italienischem materiellem Recht.

Würden wir jedoch deutsches Kollisionsrecht maßgebend sein lassen, so würde über Art. 20 EGBGB, § 1705 BGB das Kind gegenüber den Verwandten der Mutter als eheliches gelten, und wir kämen zu dem untragbaren Ergebnis, daß das italienische Kind seinen unehelichen deutschen Geschwistern unterhaltspflichtig wäre, seinen unehelichen italienischen Geschwistern jedoch nicht.

3. Ordre public

Gegenüber den weitergehenden Unterhaltspflichten des italienischen Rechts greift der deutsche ordre public nicht ein¹⁰⁾.

⁹⁾ Raape, a. a. O. S. 376; a. A. Zweigert, a. a. O. S. 453.

¹⁰⁾ Zweigert, a. a. O. S. 454; a. A. das italienische IPR, das jede ausländische Vorschrift, die eine gleich ausgedehnte Unterhaltspflicht unter Verwandten nicht kennt, als gegen den ordre public verstoßend durch die inländischen Vorschriften ersetzt, vgl. Barile, a. a. O. S. 237, wobei aber das Ergebnis, der Schutz weitergehender Unterhaltsansprüche, das gleiche ist.

Achstes Kapitel

Die Legitimation

I Der Grundsatz des Art. 22 I EGBGB

Gemäß Art. 22 I EGBGB kommt italienisches Recht zur Anwendung, wenn der Vater des zu legitimierenden Kindes Italiener ist. Ein Renvoi findet nicht statt, da derselbe Grundsatz von der herrschenden italienischen Doktrin vertreten wird, die art. 20 disp. pr. anwendet¹⁾.

II Die Vorfragen der Ehelichkeit und Unehelichkeit, der wirksamen Ehe

Bei der Untersuchung, ob das zu legitimierende Kind unehelich ist, taucht das Problem der Vorfrage auf. Die Frage, ob man die Vorfrage nach dem IPR der *lex fori* oder dem Recht der Hauptfrage entscheiden soll, ob man also auf die innere oder die äußere Entscheidungsharmonie Rücksicht nehmen soll, ist von der herrschenden Meinung im ersteren Sinne beantwortet worden²⁾.

Für die Frage nach der Ehelichkeit bzw. Unehelichkeit des zu legitimierenden Kindes führen beide Theorien zum gleichen Ergebnis, da sowohl das italienische IPR (art. 20 disp. pr. analog) als auch das deutsche IPR (Art. 18 EGBGB) das Recht des Muttergatten bestimmend sein lassen.

Somit ist die Frage demselben Statut wie die Legitimation selbst unterworfen.

Die Vorfrage, ob die Ehe beider Eltern wirksam ist, wird nach art. 1 des Haager Eheschließungsabkommens beantwortet. Durch das gemeinsame IPR beider Länder wird das Problem der Vorfrage gegenstandslos.

Nicht zu den Vorfragen gehören die eigentlichen Voraussetzungen der Legitimation, wie das Vaterschafts- und Mutterschaftsanerkennnis oder etwaige Einwilligungen. Diese unterstehen dem Legitimationsstatut³⁾.

¹⁾ Siehe *Balladore-Pallieri*, a. a. O. S. 191; *Morelli*, a. a. O. S. 125; *Socini*, „La filiazione nel diritto internazionale privato“, Milano 1958, S. 141, 149; für die abweichenden Meinungen der älteren Literatur siehe *Monaco*, a. a. O. S. 173, Anm. 1; für die dem deutschen Recht unbekannte Legitimation von seiten der Mutter wendet das italienische Recht Mutterrecht an (so *Betti*, *Problematica*... a. a. O. S. 446; *Socini*, a. a. O. S. 150/151).

²⁾ Vgl. *Schwenn*, „Die Legitimation“, in *Das Intern. Familienr. Deutschl. und Frankr.* a. a. O. S. 363/364.

³⁾ *Schwenn*, a. a. O. S. 362.

III Die Legitimation durch nachfolgende Ehe, Probleme der Anerkennung⁴⁾

Wie das deutsche Recht, kennt auch das italienische Recht die *legitimitas per subsequens matrimonium*. Hierzu ist aber nach italienischem Recht die Anerkennung durch beide Eltern Voraussetzung. Diese Anerkennung kann vor, bei oder noch nach Eingehung der Ehe erfolgen (vgl. art. 283 C. c.). Die Wirkungen treten ein vom Zeitpunkt der Eheschließung oder bei Anerkennung nach der Eheschließung vom Zeitpunkt der Anerkennung an.

Dem Anerkenntnis steht die gerichtliche Feststellung der Vater- oder Mutterschaft gleich. Dies ergibt sich aus art. 277 I C. c. Ein noch nicht anerkanntes uneheliches Kind kann somit (im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten) gegen seine Eltern ein Feststellungsurteil erwirken, was dann automatisch die Legitimation zur Folge hat.

Notwendig ist hier das Anerkenntnis beider Ehegatten. Das bedeutet, daß hier ein Vaterschafts- oder Mutterschaftsanerkenntnis allein nur die Wirkung einer Anerkennung im allgemeinen, nicht die Legitimationswirkung nach sich zieht.

Das Anerkenntnis kann angefochten werden, wodurch auch die Legitimationswirkung fortfällt (art. 263 II C. c.). Die Anfechtungsklage ist unverjährbar (art. 263 III mit art. 2934 II C. c.). Somit besteht im italienischen Recht ein Unterschied zwischen legitimiertem und ehelichem Kind, dessen Ehelichkeit noch drei Monate nach der Geburt unangreifbar feststeht.

Für das Erfordernis des Anerkenntnisses im IPR sind zweckmäßigerweise drei Fälle zu unterscheiden:

1. Mutter Deutsche, Vater Italiener

Legitimationsstatut ist italienisches Recht. Dieses erfordert neben dem Vaterschafts- auch ein Mutterschaftsanerkenntnis.

Für die Frage eines etwaigen *Renvoi* müssen wir untersuchen, welcher Rechtsordnung im italienischen IPR diese Voraussetzungen unterstellt werden. Die disp. pr. enthalten *expressis verbis* kein eigentliches Legitimationsstatut. Die Lehre wendet hier art. 20 disp. pr. an mit der Modifikation, daß auf eine Legitimation nur von seiten der Mutter Mutterrecht Anwendung finden soll. Letzteres gilt aber nur für die Ehelichkeitserklärung.

Daß auf die *legitimitas per subsequens matrimonium* Vaterrecht zur Anwendung kommt, ist also klar; keine Antwort findet sich jedoch auf die

⁴⁾ Zum italienischen materiellen Recht siehe *Cicu*, a. a. O. S. 216 ff; *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 232 ff; zum IPR siehe *Raape*, „Internationalprivatrechtliches zur Todeserklärung, Wiederverheiratung und Legitimation mit besonderem Bezug auf Italien“, StAZ 1952, S. 25 ff; für Fragen der Zuständigkeit siehe *Beitzke*, „Internationale Zuständigkeit in Legitimationssachen“, Festschrift für *Herbert Kraus*, Kitzingen 1954, S. 20 ff.

Frage, ob hier auch die Anerkennung durch beide Eltern, die zur Legitimation führen soll, einheitlich diesem Statut unterzuordnen sei⁵⁾).

Für den Fall, daß die Eltern verschiedene Staatsangehörigkeit haben, ist hinsichtlich des Problems der Voraussetzungen in der italienischen Lehre kein Anhaltspunkt zu finden. Daraus, daß die Anwendung des art. 20 disp. pr. damit begründet wird, daß es sich bei der Legitimation um eine Umwandlung eines bereits begründeten Statuts in einen neuen handelt⁶⁾, könnte man entnehmen, daß die Begründung des Statuts, die Anerkennung, nicht dem Legitimationsstatut unterstehen soll, sondern getrennt zu behandeln sei. Somit käme auf das Mutterschaftsanerkennnis Mutterrecht zur Anwendung, es fände ein Renvoi auf deutsches Recht statt, womit das Erfordernis eines Mutterschaftsanerkennnisses entfielen.

Aus der Tatsache aber, daß nach italienischem materiellem Recht das Anerkennnis eines Elternteils nicht zu einer legitimatio per subsequens matrimonium führt (art. 283 C. c. spricht ausdrücklich von „ambedue i genitori“), ergibt sich, daß gezwungenermaßen dieses Erfordernis im italienischen IPR auch dem Legitimationsstatut, d. h. dem Recht des Vaters zu unterstellen ist.

Hieraus folgt zweierlei; erstens kommt es für das Mutterschaftsanerkennnis nicht zu einem Renvoi auf deutsches Recht, wie es der Fall gewesen wäre, wenn, wie im Normalfall, auf das Mutterschaftsanerkennnis Mutterrecht angewandt worden wäre, zweitens muß auch die deutsche Mutter ein Mutterschaftsanerkennnis abgeben, da dies das Legitimationsstatut (Art. 22 EGBGB: italienisches Recht) für die Wirksamkeit einer Legitimation befehlt⁷⁾).

Für die Form des Mutterschaftsanerkennnisses der deutschen Mutter in Deutschland nach italienischem Recht versagt der Satz „locus regit actum“, da dieses Rechtsinstitut dem deutschen Recht unbekannt ist. Es ist daher auf die „lex causae“ zurückzugreifen⁸⁾, die ja auch wahlweise nach art. 26

⁵⁾ Zur Not könnte man dahingehend einen Satz von *Socini* (a. a. O. S. 151) interpretieren: „Tali prescrizioni . . . andranno valutate secondo la legge nazionale del genitore legittimante che possiede una competenza generale in tema di legittimazione.“

⁶⁾ *Balladore-Pallieri*, a. a. O. S. 191.

⁷⁾ So auch *Raape*, „Die Staatsangehörigkeit . . .“, a. a. O. S. 115/116; zustimmend zum gleichen Problem bei französischem Recht *Schwoerer*, „Die französische Mutterschaftsanerkennung und ihre Abgabe durch deutsche Mütter“, *RebelsZ* XVI, 1951, S. 44 ff.; weitere Literatur siehe bei *Schmitt-Peters*, a. a. O. S. 127, Anm. 6; siehe auch den Fall, der der Entscheidung des AG Heidenheim/Brenz vom 7. 1. 1953 zugrunde lag, wo auch eine deutsche Mutter ein Mutterschaftsanerkennnis abgab, und so die Legitimation nach französischem Recht für ihr aus einer Verbindung mit einem Franzosen stammendes Kind erreichte (StAZ 1953, S. 132).

⁸⁾ *Schwoerer*, a. a. O. S. 64.

disp. pr. anwendbar ist. Somit ist für die Form art. 254 C. c. maßgebend. Die Zuständigkeit des deutschen Standesbeamten eröffnet § 29a PStG.

Hier sei noch ein praktischer Exkurs gestattet. Sehr oft wird das Problem, ob eine Legitimation stattgefunden hat, für die Frage der Vererbung eine Rolle spielen. Nehmen wir an, daß das voreheliche Kind einer Deutschen und eines Italieners immer bei den Eltern gelebt hat, und der Vater stirbt. Erbstatut und Legitimationsstatut sind italienisches Recht (Art. 22, Art. 24 EGBGB). Nehmen wir weiter an, nur der Vater hat das Kind anerkannt, ein Mutterschaftsanerkennnis ist aber nicht abgegeben worden. Dieses kann zwar noch nach dem Tode des Vaters erfolgen, hat aber dann nur Wirkungen für die Rechtsbeziehungen zur Mutter; eine Legitimation findet nicht mehr statt, da bestehendes Eheband und beide Anerkennnisse zusammentreffen müssen⁹⁾. Das Kind ist also trotz der nach der Geburt geschlossenen Ehe der Eltern unehelich. Es hat zwar ein Erbrecht, ist aber seinen in der Ehe geborenen Geschwistern gegenüber benachteiligt. Fehlt es auch an einem Vaterschaftsanerkennnis, hat das Kind kein Erbrecht.

Stirbt die deutsche Mutter, ist Erbstatut deutsches Recht (Art. 24 EGBGB). Für die Vorfrage nach der Legitimation kommen wir über Art. 22 EGBGB auf italienisches Recht. Hiernach ist das Kind ohne Mutterschaftsanerkennnis nicht legitimiert worden. Dies hat aber für die Beerbung keine Bedeutung, da nach dem über Art. 20 EGBGB maßgebenden deutschen Recht das uneheliche Kind im Verhältnis zu seiner Mutter wie ein eheliches behandelt wird. Das voreheliche Kind erbt also gleichberechtigt neben seinen in der Ehe geborenen Geschwistern.

2. Mutter Italienerin, Vater Deutscher

Legitimationsstatut ist deutsches Recht. Es ist daher kein Anerkennnis notwendig.

3. Beide Eltern besitzen die italienische Staatsangehörigkeit

Legitimationsstatut ist italienisches Recht. Die Anerkennung seitens beider Eltern ist erforderlich.

IV Die Ehelichkeitserklärung

Die *legitimatio per rescriptum principis* erfolgt in Italien durch Beschluß des Staatsoberhauptes („*decreto del Capo dello stato*“), was dem Wesen dieses Rechtsinstituts als eines Gnadenaktes entspricht. Diesem Beschluß geht ein langwieriges Verfahren voraus (vgl. art. 288 C. c.).

Im einzelnen ist hier nicht näher auf diese formellen Voraussetzungen einzugehen, da, obwohl Art. 22 EGBGB die Anwendung italienischen Rechts

⁹⁾ Bestritten, vgl. *Cicu*, a. a. O. S. 218/219, S. 219/220, Anm. 9.

befiehlt, wir dieses nicht anwenden können; denn die italienischen Vorschriften sind so gefaßt, daß sie außerhalb Italiens nicht angewandt werden können, woraus sich die ausschließliche Zuständigkeit italienischer Behörden ergibt, wenn der Vater Italiener ist¹⁰⁾.

Handelt es sich um die Legitimation eines von einem deutschen Vater mit einer italienischen Mutter gezeugten Kindes, kommt deutsches Recht zur Anwendung. Die durch ein etwaiges Mutterschaftsanerkennnis erworbene italienische Staatsangehörigkeit des Kindes hat auf die Anknüpfung keinen Einfluß.

Im italienischen Recht ist für die Ehelichkeitserklärung erforderlich, daß einer Ehe der Eltern ein sehr schweres Hindernis entgegensteht oder diese überhaupt unmöglich ist (art. 284 Ziffer 3 C. c.). Dieses Erfordernis kennt das deutsche Recht nicht. *Raape*¹¹⁾ hält hier eine „hinkende Legitimation“ für möglich. Da aber das italienische Recht wie das deutsche allein das Heimatrecht des legitimierenden Elternteils anwendet, kann es auf diese Weise nicht zu einer „hinkenden“ Legitimation kommen.

V Das Legitimationsverbot des art. 281 C. c. und der deutsche ordre public

Nach art. 281 C. c. können nicht anerkennungsfähige Kinder (art. 251/252 C. c.) nicht legitimiert werden. Dies ergibt sich daraus, daß die Anerkennung eine nicht zu umgehende Voraussetzung der Legitimation des italienischen Rechts ist, und so das Anerkennungsverbot auch hier Wirkungen entfaltet.

Ob ein solches Anerkennungsverbot gegen den deutschen ordre public verstößt, ist bestritten¹²⁾. Wir haben die Frage nur für die legitimatio per subsequens matrimonium zu prüfen, da eine Ehelichkeitserklärung nach italienischem Recht in Deutschland nicht stattfindet. Es ist zweckmäßig, zwischen „adulterini“ und „incestuosi“ zu unterscheiden.

1. adulterini

Die Legitimation von Ehebruchskindern gestattet das italienische Recht, wenn die erste Ehe des einen Ehegatten durch Tod aufgelöst ist, da hier auch eine Anerkennung von beiden Elternteilen erfolgen kann.

¹⁰⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 571 unten sowie die bei *Beitzke*, „Internationale Zuständigkeit . . .“, a. a. O. S. 24 Anm. 12 angegebene Literatur.

¹¹⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 572; *Raape*, a. a. O. S. 364.

¹²⁾ Den Eingriff des deutschen ordre public bejahen: LG Frankfurt am Main, 6. 12. 1953 in StAZ 1954, S. 156 (niederl. Recht); LG Frankfurt am Main, 12. 7. 1955 in NJW 1955, S. 1595 (niederl. Recht) sowie eine nicht veröffentlichte Entscheidung des LG Karlsruhe vom 15. 5. 1952 von der Schriftleitung zitiert a. gl. O.; *Krüger*, NJW 1955 S. 549; anscheinend auch *Raape*, a. a. O. S. 354; gegen den Eingriff des ordre public: LG Hannover, 18. 5. 1954 in StAZ 1955, S. 289; OLG Frankfurt am Main, 28. 2. 1956 in NJW 1956, S. 672 (niederl. Recht); OLG Celle, 13. 7. 1954, MDR 1954, S. 740 (engl. Recht).

Somit käme dem Legitimationsverbot nur Bedeutung zu, wenn die Ehe auf eine andere Weise, z. B. durch Scheidung, aufgelöst worden ist¹³⁾. Hier gestattet das deutsche Recht die Wiederheirat; vom Ehehindernis des Ehebruchs kann Befreiung gewährt werden. Im italienischen Recht ist Ehebruch kein Ehehindernis, eine Wiederheirat eines Italieners nach Scheidung gestattet jedoch das auf Grund art. 1 Haager Eheschließungsabkommens maßgebende italienische Recht seinen Staatsangehörigen nicht, da jener Scheidung die Anerkennung versagt wird.

Da in den Fällen, in denen art. 281 aufgrund des Verbots der Vaterschaftsanerkennung eingreifen würde, keine Eheschließung gestattet ist¹⁴⁾, werden praktische Fälle, in denen das Problem bei dem Vaterschaftsanerkennntnis auftaucht, sehr selten sein. Sollten aber die Eltern eine Ehe eingegangen sein und sollten wir die Gültigkeit dieser Ehe, etwa aus „Respekt vor dem deutschen Scheidungsurteil“ (*Raape*), bejahen, müssen wir folglich auch eine Legitimation der Kinder zulassen¹⁵⁾.

Besondere Schwierigkeiten bereitet das Mutterschaftsanerkennntnis. Es kann vorkommen, daß das italienische Recht das Vaterschaftsanerkennntnis gestattet, das Mutterschaftsanerkennntnis nicht. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Italiener mit einer verheirateten deutschen Frau die Ehe bricht

¹³⁾ Für den Ausnahmefall, daß Legitimationsrecht italienisches Recht ist, die Scheidung des Vaters (Statutenwechsel) aber in Italien anerkannt worden ist, steht diese anerkannte Scheidung hinsichtlich der Anerkennungsmöglichkeit der Auflösung der Ehe durch den Tod gleich. So das Gutachten des Staatsrates („*parere del consiglio di Stato*“) vom 12. 1. 1949 in *Archivio ricerche giuridiche* 1950, S. 18 (mit zustimmender Anmerkung von *Roehrssen*): „I figli adulterini possono essere riconosciuti, quindi anche legittimati per decreto del Capo dello Stato non solo nel caso che il matrimonio sia stato sciolto per la morte di uno dei coniugi, ma anche nel caso che il matrimonio stesso sia stato annullato o sciolto per una causa preveduta da ordinamenti giuridici diversi con provvedimento reso esecutivo in Italia.“ (Daß hier von der Ehelichkeitserklärung gesprochen wird, spielt keine Rolle, da die Anerkennungsprobleme für beide Arten der Legitimation gleich sind.)

Im gleichen Sinne die Entscheidung des Staatsrates vom 15. 4. 1955 in *Diritto e Giurisprudenza* 1956, S. 399;

vgl. hierzu *Bove*, „Sull'applicabilità dell'articolo 252 c. c.“ in *Diritto e Giurisprudenza* 1956, S. 399 ff (S. 402); *Loiacono*, „Lo scioglimento del matrimonio per divorzio e l'articolo 252 c. c.“, in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958 (I) S. 202 ff.

¹⁴⁾ z. B. wenn der italienische Vater, der von einer deutschen Frau geschieden ist, die deutsche Mutter heiraten will; ist aber die deutsche Mutter geschieden, ist ein Vaterschaftsanerkennntnis möglich.

¹⁵⁾ So LG Frankfurt, a. a. O.; dagegen OLG Frankfurt, a. a. O.; der Fall liegt im niederländischen Recht anders. Das italienische Recht gestattet eine Ehe zwischen Ehebrechern, was das niederländische Recht nicht tut. Außerdem greift nach hM der deutsche ordnung public gegenüber dem Verbot der Anerkennung des italienischen Rechts ein. Infolge der Verzahnung von Anerkennung und Legitimation müssen wir folglich auch die Legitimation gestatten.

und nach der Scheidung die Eheschließung erfolgen soll. Daß hier der deutsche ordre public zugunsten der deutschen Mutter eingreift, ihr also das Mutterschaftsanerkennnis gestattet ist, ist wohl nicht zu bestreiten¹⁶⁾.

2. incestuosi

Nicht anerkennungsfähige Blutschandekinder sind nicht nur die Kinder von Verwandten in gerader Linie oder Geschwistern, sondern auch die Kinder von Verschwägerten in gerader Linie. Verschwägert in gerader Linie sind Schwiegertochter und Schwiegervater, Stiefmutter und Stiefsohn etc.

Von dem Eheverbot der Schwägerschaft in gerader Linie kann nach deutschem Recht Befreiung gewährt werden. Eine nachträgliche Befreiung heilt eine solche Ehe mit Wirkung ex tunc (§ 21 EheG.). Im italienischen Eherecht kann von diesem Eheverbot keine Befreiung gewährt werden.

Lassen wir eine solche Ehe, aus welchem Grund auch immer, gültig sein, müssen wir, wie bei Ehebruchskindern, auch eine Legitimation zulassen. Praktische Fälle werden sehr selten sein.

VI Die wahrheitswidrige Anerkennung und die hierauf folgende Legitimation. Probleme des § 31 PStG.¹⁷⁾

Das Problem des wahrheitswidrigen Anerkenntnisses ist in der deutschen Lehre besonders im Hinblick auf die nachfolgende Legitimation erörtert worden. Gerade hier zeigt sich der Unterschied zwischen Anerkennungs- und Abstammungssystem am schärfsten.

Es ist dies eine Frage des materiellen italienischen Rechts, deren Behandlung gerade bei uns Schwierigkeiten macht. Hierein mischen sich noch Probleme des § 31 PStG, der förmlichen Feststellung des Eintritts der Legitimationswirkungen aufgrund eines wahrheitswidrigen oder gar unwirksamen Anerkenntnisses.

Formgerechte Anerkennung hat im italienischen Recht die Entstehung von Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen zur Folge. Auf der Anerkennung basiert die Legitimation. Die Anerkennung ist dem Willen des Anerkennenden unterworfen, die Vaterschaft ist nicht etwa zu beweisen. Voraussetzung ist nur, daß das Kind noch nicht von einem Dritten anerkannt ist. Somit kommt unabhängig vom objektiven Sach-

¹⁶⁾ Es wäre hier der deutschen Mutter zu raten, ihre Scheidung im Delibationsverfahren in Italien anerkennen zu lassen, wonach sie ihr Kind anerkennen kann; vgl. Anm. 13.

¹⁷⁾ Siehe hierzu *Schwoerer*, „Wird das uneheliche Kind einer deutschen Mutter durch nachfolgende Ehe legitimiert, wenn ein Franzose die Mutter heiratet und dabei vor dem französischen Standesbeamten das Kind anerkennt, obwohl er nicht der Vater ist?“ StAZ 1953, S. 145 ff (zum italienischen Recht S. 146); *Raape*, „Die Staatsangehörigkeit kraft Eheschließung . . .“, a. a. O. S. 86 (Ziffer 7) S. 114.

verhält auch eine Legitimation zustande, wenn als Voraussetzungen eine wirksame Anerkennung und eine gültige Ehe vorliegen¹⁸⁾. Ist Legitimationsstatut italienisches Recht, haben wir dies zu beachten.

Dies wird im italienischen Recht dadurch ausgeglichen, daß das Kind zwar als eheliches, aber als legitimiertes eheliches Kind gilt. In der Gesetzessprache findet dies darin Ausdruck, daß in den art. 433 Ziffer 2, art. 536 I und II, art. 566/567 und art. 687 C. c. den „figli legittimi“ die „figli legittimati“ gegenübergestellt sind. Art. 289 spricht geradezu von einem „stato di figlio legittimato“. Die Legitimation kann durch Anfechtung des Anerkenntnisses jederzeit von jedermann, der daran Interesse hat, auch vom Staatsanwalt, hinfällig gemacht werden (vgl. art. 263 C. c.). Klageberechtigt ist auch ein bösgläubiger Elternteil¹⁹⁾. Die Klage ist unverjährbar. Im deutschen Recht gibt es nur die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses. Klageberechtigt sind nur Vater und Kind. Mit dem Tode eines von beiden erlischt die Klagemöglichkeit (§ 640 in Verb. mit § 628 ZPO). Das Statusurteil wirkt in den Grenzen des § 643 ZPO auch gegen Dritte²⁰⁾.

Durch Heirat einer Deutschen mit einem Italiener, also wenn Legitimationsstatut italienisches Recht ist, können gemeinsame voreheliche Kinder eben nur den Status eines legitimierten ehelichen Kindes erwerben. Für die Erlangung dieser Position seitens des Kindes, die leichter zu erschüttern und daher schwächer als die des deutschen Rechts ist, genügt das formgerechte (auch das wahrheitswidrige) Anerkenntnis²¹⁾.

¹⁸⁾ Raggi, „Della legge applicabile alla legittimazione“, in *Giur. comp. di dir. intern. pr.* VI (1940) S. 167 hält vom Standpunkt des italienischen IPR eine Legitimation, bei der gerichtlich festgestellt ist, daß der Ehemann der Mutter nicht der Vater des Kindes ist, für gegen den italienischen *ordre public* verstoßend. Das kontrastiert nicht mit der im Text vertretenen Auffassung, da eine vorhergehende Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der Vaterschaft eine nachfolgende etwaige zweite Anerkennung und Legitimation nicht zuläßt.

¹⁹⁾ *Stella-Richter-Sgroi, Commentario, a. a. O.* S. 153.

²⁰⁾ Hiervon ist die Möglichkeit zu trennen, auf formellem Wege gegen die Feststellung des Eintritts der Legitimationswirkungen nach § 31 PstG vorzugehen; vgl. BGH 27. 2. 1957 JZ 1957 S. 510 ff, der feststellt, daß das Gericht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, das den Beschluß erlassen hat, von Amts wegen in dieser Richtung tätig werden muß, sobald ihm Tatsachen bekannt geworden sind, aus denen auf die Unrichtigkeit der früher getroffenen Feststellung zu schließen ist. „Jeder, dem an derartigen Maßnahmen des Gerichts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gelegen ist, hat die Möglichkeit, es auf die Sachlage hinzuweisen und zu dieser Tätigkeit anzuregen.“

²¹⁾ Vgl. hierzu die Entscheidung des OLG Hamburg vom 16. 8. 1935 in *Giur. comp. di dir. intern. pr.* VI (1940) S. 166 (Nr. 132). Es handelt sich um einen Fall, bei dem eine Legitimation nach niederländischem Recht kraft Anerkennung durch den Ehemann der Mutter eingetreten war, obwohl die Zahlvaterschaft eines Deutschen gerichtlich festgestellt war. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, daß eine solche Legitimation gegen den deutschen *ordre public* verstoßen würde,

Da nur der Status eines legitimierten Kindes erworben wird, verstößt im allgemeinen, von krassen Fällen abgesehen, die Legitimation, die auf einem wahrheitswidrigen Anerkenntnis basiert, nicht gegen den deutschen ordre public²²⁾.

Aufgrund dieses Anerkenntnisses kann auch nach § 31 PStG²³⁾ die Legitimationswirkung festgestellt werden²⁴⁾. Wenn italienisches Recht für die Vaterschaft maßgebend ist, ist nicht festzustellen, wer der wirkliche Vater ist, sondern ob ein formgerechtes Anerkenntnis seitens des Ehemannes der Mutter vorliegt. In Fällen allerdings, bei denen dieses Anerkenntnis einem deutschen Statusurteil widerspricht, wird man die Feststellung nach § 31 verweigern können.

Aufgrund eines Urteils, das den Eintritt einer Legitimation nach italienischem Recht feststellt, kann nie ein Randvermerk im Sinne des § 30 PStG erfolgen, da das Anerkenntnis und damit die hierauf basierende Legitimation immer anfechtbar sind²⁵⁾.

VII Die Einwilligung nach Art. 22 EGBGB

Für die Einwilligung sind zwei Rechtsordnungen maßgebend, erstens das Legitimationsstatut und zweitens zusätzlich über Art. 22 II EGBGB die deutsche Rechtsordnung mit der Vorschrift des § 1726 BGB²⁶⁾.

weil „ungeachtet des festgestellten Mangels seiner Blutzugehörigkeit das Kind ohne vorherige Prüfung und Genehmigung der zuständigen deutschen Behörde ehelich wird“. Da die deutschen Gesetze Genehmigungen einer Legitimation nicht vorsehen, wurde eine solche analog der Adoptionsvorschriften konstruiert.

Eckstein, „Anerkennung und Legitimation durch nachfolgende Ehe eines nicht von dem Anerkennenden gezeugten Kindes“, *Giur. comp. di dir. intern. pr. VI* (1940) S. 170 ff will S. 171/172 die „Lücke im Gesetz, die der Richter ausfüllen muß“, durch eine analoge Anwendung der Einwilligungsvorschriften zur Ehelichkeitserklärung schließen.

²²⁾ So auch *Kegel*, IPR, a. a. O. S. 309; KG 9. 12. 1957 JZ 1958 S. 366 ff (franz. Recht) trotz gerichtlich festgestellter Unterhaltspflicht eines Deutschen. Zustimmend *Schwoerer* JZ 1958 S. 368/369; a. A. *Eckstein*, a. a. O.

²³⁾ Über die Qualifikation ausländischer Rechtsinstitute als Legitimation im Sinne des § 31 PstG siehe *Schmitt-Peters*, a. a. O. S. 143 ff; S. 148: „§ 31 PstG ist vielmehr bei der Verteilung der funktionellen Zuständigkeit stets anzuwenden, sobald die Legitimation ohne die Heirat der Eltern nicht eintritt.“

²⁴⁾ So *Schwoerer*, StAZ 1953, S. 148; LG Freiburg, 9. 5. 1955, JZ 1956 S. 253 mit zustimmender Anmerkung von *Schwoerer*; *Schmitt-Peters*, a. a. O. S. 152; a. A. LG Memmingen, 14. 7. 1956, JZ 1957, S. 28.

²⁵⁾ Siehe hierzu auch *Ferid*, „Beischreibung der unehelichen Vaterschaft nach § 30 PstG auf Grund ausländischer Urteile?“, StAZ 1953, S. 50 ff, S. 52; a. A. *Schmitt-Peters*, a. a. O. S. 131 ff.

²⁶⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 545.

Eine dem § 1726 entsprechende Vorschrift, die für die Ehelichkeitserklärung die Zustimmung des Kindes und seiner Mutter erfordert, kennt das italienische Recht nicht.

§ 1726 gilt nur für die Ehelichkeitserklärung. Da wir eine solche nach italienischem Recht nicht vornehmen, kommt dem Art. 22 II EGBGB in Deutschland im Verhältnis zu Italien keine Bedeutung zu.

Dagegen spielt diese Vorschrift eine wesentliche Rolle bei einer Legitimation eines deutschen Kindes in Italien. Einer Legitimation, bei der das deutsche Erfordernis der Einwilligung seitens des Kindes nicht beachtet worden ist, kann bei uns die Anerkennung versagt werden (§ 328 I Ziffer 3 ZPO). Die Folge einer „hinkenden“ Legitimation liegt besonders nahe, weil das italienische IPR das Heimatrecht des Vaters maßgebend sein läßt.

Neuntes Kapitel

Die Adoption

I Der Grundsatz des Art. 22 I EGBGB

Italienisches Recht kommt in Deutschland dann zur Anwendung, wenn der Annehmende Italiener ist. Für eine gemeinschaftliche Adoption gelten kumulativ beide Heimatrechte der Eltern¹⁾.

Ein Renvoi wäre beachtlich. Das italienische IPR unterscheidet zwischen der Begründung und den Wirkungen der Adoption. Für die letzteren ist das Recht des Adoptierenden zur Zeit der Adoption maßgebend (art. 20 II disp. pr.), also Vaterrecht bzw. Mutterrecht, bei einer gemeinschaftlichen Adoption Vaterrecht²⁾.

Hinsichtlich des für die Begründung der Adoption anzuwendenden Rechts ist die italienische Lehre gespalten. Die herrschende Lehre³⁾ wendet das Recht des Adoptivvaters und des Adoptivkindes kumulierend an. Aber auch diejenigen, die die Anwendung des Rechts des Adoptierenden allein befürworten, berücksichtigen das Recht des Kindes irgendwie mit. *Socini*⁴⁾ und *Balladore-Pallieri*⁵⁾ wollen zumindestens bei der Einwilligung des Kindes dessen Heimatrecht mit berücksichtigen. Bei der gemeinschaftlichen Adoption kommen hinsichtlich der Voraussetzungen beide Heimatrechte der Eltern zur Anwendung.

Es findet also kein Renvoi auf deutsches Recht statt. Auf die italienische Staatsangehörigkeit des Kindes wird, wenn der Annehmende Deutscher ist, keine Rücksicht genommen.

¹⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 580.

²⁾ Für die gemeinschaftliche Adoption ist die Lehre wenig ergiebig; für die Wirkungen ist im Gesetz zur Begründung der Adoption wohl eine Analogie zu art. 20 I disp. pr. das richtige Ergebnis.

³⁾ *Betti*, *Problematica* . . ., a. a. O. S. 447; *Morelli*, a. a. O. S. 127; *Monaco*, a. a. O. S. 177; *De Nova*, „Adozione, Diritto internazionale privato“, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, Bd. I, S. 601 ff.

⁴⁾ *Socini*, a. a. O. S. 172/173.

⁵⁾ *Balladore-Pallieri*, a. a. O. S. 198.

II Materielles Recht

1. Einleitung

Auch im italienischen Recht wird die Adoption durch die gerichtliche Bestätigung eines Vertrages zwischen den Beteiligten begründet⁶⁾.

Bei den Voraussetzungen ergeben sich folgende Unterschiede zum deutschen Recht:

- a) Das Alterserfordernis von 18 Jahren, das sich im alten Codice fand, ist in dem neuen Codice nicht mehr aufgenommen worden⁷⁾. Die Altersdifferenz von 18 Jahren und das Mindestalter von 50 Jahren finden sich in beiden Rechtsordnungen. Der Befreiung vom Alterserfordernis sind jedoch im italienischen Recht Grenzen gesetzt. Ein Mindestaltersunterschied von 16 Jahren und ein Mindestalter von 40 Jahren seitens des Annehmenden können nicht unterschritten werden (art. 291 C. c.).
- b) Von dem Erfordernis des Fehlens lebender Abkömmlinge kann im italienischen Recht keine Befreiung gewährt werden.
- c) Uneheliche Kinder können von ihren Eltern nicht adoptiert werden (art. 293 C. c.).
- d) Über die Einwilligungen siehe unten S. 136 ff.

Das Problem der Ausgliederung des Kindes aus seiner ursprünglichen Familie und die Eingliederung in die neue Familie sind im italienischen und deutschen Recht in gleicher Weise geregelt⁸⁾. Auch die Wirkungen der Adoption sind grundsätzlich die gleichen wie im deutschen Recht.

Eine „Annahme an Enkels Statt“, d. h. das Entstehen von Beziehungen zwischen den Adoptierenden und der Familie des Adoptivkindes kennt das italienische Recht nicht. Ausnahmen bilden die Ehehindernisse (art. 87 Ziffer 6) sowie die Möglichkeit der Übertragung des Namens auf die nachgeborenen „Enkel“⁹⁾.

⁶⁾ Siehe zur Streitfrage über die juristische Natur und die Bedeutung der einzelnen Akte *Cicu*, a. a. O. S. 274 ff, S. 277: „A parer mio la pronunzia non soltanto segna il momento perfezionativo, ma è essa stessa l'atto costitutivo della adozione . . .“ . . . è la Corte che pronunzia l'adozione.“

⁷⁾ Dieser Hauptunterschied des alten italienischen Adoptionsrechts zum deutschen Recht war Bestandteil des italienischen *ordre public*; siehe den 2. Leitsatz der Entsch. des Trib. Torino vom 28. 11. 1938 in *Foro it.* 1939, I, S. 600 (deutsches Recht).

⁸⁾ Der Vorschrift des § 1764 BGB entspricht art. 300 C. c. Letztere Vorschrift ist Bestandteil des italienischen *ordre public*. Darüber, daß eine Bestimmung des ausländischen Rechts, die den völligen Bruch mit den natürlichen Eltern zum Inhalt hat, gegen den italienischen *ordre public* verstößt, siehe Appell. Brescia 11. 12. 1954 in *Giur. it.* 1955, I, 2, S. 637 mit der im Grundsätzlichen zustimmenden Anmerkung von *Cansacchi*. Vgl. auch *Socini*, a. a. O. S. 180.

⁹⁾ *Cicu*, a. a. O. S. 292, Anm. 3.

2. Das Adoptionsverbot des art. 293 C. c. und der deutsche ordre public

Im Gegensatz zum deutschen Recht können uneheliche Kinder nach italienischem Recht von ihren Eltern nicht adoptiert werden. Uneheliche Kinder im Sinne des art. 293 C. c. sind Kinder, die von Vater oder Mutter anerkannt sind oder bei denen die Vater- oder Mutterschaft gerichtlich anerkannt ist oder solche, die zwar nicht anerkennungsfähig, aber zum Bezug von Alimenten berechtigt sind (art. 293 IV mit art. 279 C. c.)¹⁰⁾.

Die nicht anerkannten, aber anerkennungsfähigen Kinder können adoptiert werden, da kein rechtliches Band zwischen den Beteiligten besteht¹¹⁾. Eine Anerkennung nach der Adoption hat auf diese keinen Einfluß (art. 293 III C. c.), es sei denn, sie führte zu einer Legitimation (art. 293 III mit art. 310 Ziffer 2 C. c.).

Die Vorschrift des art. 293 C. c. hat den Zweck, zu verhindern, daß den unehelichen Kindern weitere Rechte zukommen, als das Gesetz es vorsieht¹²⁾. Es wird der Charakter der Bestimmungen über die uneheliche Kindschaft als „*ius cogens*“ gewährleistet. Art. 293 C. c. kommt in Deutschland zur Anwendung, wenn es sich um die Adoption eines Kindes durch einen Italiener handelt. Soll hier der deutsche ordre public eingreifen, wenn das zu adoptierende Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt?

Zu beachten ist, daß die Vorschrift des art. 293 C. c. nur auf bereits anerkannte bzw. nicht anerkennungsfähige Kinder, die einen Alimentenanspruch haben, angewandt werden kann. Diese Kinder sind nach italienischem Recht dem unehelichen Vater gegenüber weit besser gestellt als nach deutschem Recht. Es bleibt auch gegenüber anerkannten Kindern immer noch die Möglichkeit der Legitimation durch Ehelichkeitserklärung. Will der uneheliche Vater seinem Kinde ein größeres Erbteil zukommen lassen, ist dies durch eine gewillkürte Erbfolge möglich.

Es bleibt also kein triftiger Grund, den deutschen ordre public gegenüber dem Adoptionsverbot eingreifen zu lassen. Betrachten wir uns auch die Folgen eines solchen Eingriffs. Es würde sich eine „hinkende“ Adoption ergeben, da die Vorschrift des art. 293 C. c. zum italienischen ordre public gezählt wird¹³⁾. Dieses Ergebnis würde den Interessen des Kindes eher schaden als nützen.

Der deutsche ordre public greift gegenüber dem Adoptionsverbot des art. 293 C. c. nicht ein.

¹⁰⁾ Siehe *Cicu*, a. a. O. S. 272/273.

¹¹⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 279, Ziffer 3 der Anm. zu art. 293 C. c.

¹²⁾ *Cicu*, a. a. O. S. 272.

¹³⁾ *Socini*, a. a. O. S. 180.

III Die notwendigen Einwilligungen nach Art. 22 II EGBGB (Heimatrecht des Kindes) und Art. 22 I EGBGB (Heimatrecht des Vaters)

1. Einleitung

Für die verschiedenen Einwilligungen sind kumulierend zwei Rechtsordnungen maßgebend, wenn es sich um ein deutsches Kind handelt. „Art. 22 II schränkt nicht etwa Art. 22 I ein“, sondern die Voraussetzungen nach Art. 22 I, worunter auch die Einwilligungen zu verstehen sind, müssen alle gegeben sein¹⁴⁾).

2. Das materielle italienische Recht

Nach italienischem Recht müssen folgende Einwilligungen vorliegen:

a) Einwilligung beider Eltern des Adoptivkindes (art. 297 II C. c.)

Nach deutschem Recht ist bei unehelichen Kindern nur die Einwilligung der unehelichen Mutter erforderlich, im italienischen Recht auch die des Vaters¹⁵⁾. Art. 297 II macht keinen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern wie § 1747 BGB.

b) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, wenn das Kind bereits 18, aber noch nicht 21 Jahre alt ist (art. 296 II C. c.). Bei dem Elternteil, der im Besitz der elterlichen Gewalt ist, fallen die Einwilligungen nach art. 296 II C. c. und art. 297 II C. c. zusammen¹⁶⁾. Sind die Eltern nicht die gesetzlichen Vertreter, ist eine Einwilligung des Vormundes notwendig.

c) Von dem „assenso“ unter a) und b) ist der „consenso“, den für das Kind unter 18 Jahren seine gesetzlichen Vertreter abgeben, zu unterscheiden. Dieser „consenso“ ersetzt die Willenserklärung seitens des Kindes im Adoptionsvertrag (art. 296 II C. c.).

d) Ein Kind zwischen 12 und 18 Jahren muß „gehört“ werden (art. 296 IV).

e) Weiterhin ist notwendig die Einwilligung des etwaigen Ehegatten des Adoptivkindes (art. 297 I C. c.).

f) Wie im deutschen Recht muß der Ehegatte des Annehmenden einwilligen, auch dann, wenn die Ehegatten getrennt leben.

¹⁴⁾ Vgl. *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 545.

¹⁵⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, *Commentario*, a. a. O. S. 288. Die scheinbar abweichende Meinung von *Cicu*, a. a. O. S. 288 bezieht sich wohl nur auf den „consenso“ und den „assenso“ des art. 296 II C. c., nicht auf den „assenso“ des art. 297 II C. c.

¹⁶⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, *Commentario*, a. a. O. S. 277/278.

g) Eine Einwilligung der Eltern des Annehmenden, die der alte Codice vorsah, ist weggefallen. Die Ansichten der Eltern des Adoptierenden sind aber vom Gericht zu hören (art. 312 C. c.)¹⁷⁾.

Hauptunterschiede zum deutschen Recht sind also, daß auch der Ehegatte des Adoptivkinds und bei volljährigen Kindern auch die Eltern in die Adoption einwilligen müssen. Eine zusätzliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für Minderjährige oder Geschäftsbeschränkte (§ 1750 ff BGB) kennt das italienische Recht nicht.

3. Folgen

Hierbei ist zweckmäßigerweise zu unterscheiden:

- a) Ein Italiener adoptiert ein deutsches Kind. Adoptionsstatut ist italienisches Recht. Alle Einwilligungen nach italienischem Recht müssen auch von den deutschen Verwandten eingeholt werden.
- b) Ein Deutscher adoptiert ein italienisches Kind. Es genügt die Beachtung der Vorschriften der §§ 1746/1747 BGB. Art. 22 II EGBGB ist nicht auf Ausländer auszudehnen¹⁸⁾. Über die Anerkennung einer solchen Adoption in Italien und eine etwaige „hinkende“ Adoption siehe unten S. 139 ff.

IV Die Zweckmäßigskeitsprüfung nach italienischem Recht durch deutsche Gerichte

Zuständig auch für die Bestätigung von Adoptionen nach ausländischem Recht sind die deutschen Gerichte nach § 66 FGG¹⁹⁾, wenn Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Annehmenden in Deutschland liegen.

Das italienische Recht, das eine zusätzliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht kennt, sieht dafür neben einer Prüfung, ob alle Voraussetzungen der Adoption vorliegen, eine Zweckmäßigskeitsprüfung vor. Hierbei hat das Gericht zu untersuchen, ob der Annehmende in gutem Rufe steht, und ob die Adoption dem Adoptivkind günstig ist (art. 312 C. c.). Es ist hier ein Vergleich zwischen der gegenwärtigen und künftigen Stellung des zu adoptierenden Kindes auch im Hinblick auf etwaige spätere Erbrechte anzustellen. Was die „Stellung“ des Kindes angeht, so können hierfür nicht nur vermögensrechtliche, sondern auch gesellschaftliche Gesichtspunkte maßgebend sein²⁰⁾.

¹⁷⁾ Ist dies unterblieben, wirkt das sich nicht auf die Gültigkeit der Adoption aus. *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 319, „... può escludersi che l'omessa audizione dei genitori dia luogo ad un vizio del procedimento, idoneo ad invalidare il decreto.“

¹⁸⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 549; *Krusch*, Adoption, in *Das Intern. Familienr. Deutschl. und Frankr.*, a. a. O. S. 406 ff, S. 407.

¹⁹⁾ Siehe hierzu *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 234 mit Literatur.

²⁰⁾ *Stella-Richter-Sgroi*, Commentario, a. a. O. S. 320.

Gegen die nahezu einhellige Lehre²¹⁾ hatte das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung²²⁾ die Meinung vertreten, daß eine Zweckmäßigkeitsprüfung von deutschen Gerichten nicht vorgenommen werden könne, wodurch auch die Möglichkeit einer Adoption eines deutschen Kindes durch einen Italiener entfiel.

Die Vorschrift des art. 312 C. c. Ziffer 2 und 3 ist als formelle Vorschrift zu qualifizieren. Nach der Regel, daß die *lex fori* die Form bestimmt, hätte das Kammergericht deutsches Recht anwenden können. Dieses Vorgehen hätte vielleicht zu einer Nichtanerkennung der Adoption durch Italien geführt; um so mehr ist hier deshalb eine Abkehr vom starren Dogma der Nichtanwendbarkeit ausländischen Verfahrensrechts²³⁾ geboten. Nicht aber geht es an, „daß das deutsche Gericht zuständig ist, ihm aber zugleich die Fähigkeit abgesprochen wird, seine Zuständigkeit auszuüben“²⁴⁾.

„Wenn das fremde Recht damit einverstanden ist“, sollen die deutschen Gerichte „nach Möglichkeit auch der Verwirklichung ausländischen Rechts dienen, soweit dies mit ihrem eigenen Tätigkeits- und Erfahrungsbereich vereinbar ist²⁵⁾. „Man kann im internationalen Verkehr nicht Gleichheit, sondern nur annähernde Übereinstimmung der Rechtseinrichtungen voraussetzen, wenn man ihn nicht unmöglich machen will“²⁶⁾.“

Eine verwandte Tätigkeit übt das deutsche Gericht aus, wenn es nach § 1754 II BGB feststellt, ob ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden wird oder ob wichtige Gründe des öffentlichen Interesses gegen eine Adoption sprechen.

²¹⁾ *Krusch*, a. a. O. S. 421; *Reu*, „Die Staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht“, Marburg 1938 S. 167 ff; *Soergel-Kegel*, a. a. O. S. 234 unten mit weiterer Literatur; insbesondere *Rabel*, „Aus der Praxis des deutschen internationalen Privatrechts: Die Bestätigung eines nach ausländischem Recht zu beurteilenden Adoptionsvertrages durch deutsche Gerichte“, in *RabelsZ* VI (1932) S. 310 ff; a. A. die bei *Reu*, a. a. O. S. 166 Anm. 14, angegebene Literatur.

²²⁾ Siehe die bei *Krusch*, a. a. O. S. 420, Anm. 77, angegebenen Entscheidungen. KG, 15. 1. 1932 in *RabelsZ* VI (1932) S. 312 bringt folgende Begründung: „Der Tätigkeitsbereich des deutschen Gerichts wird durch die inländischen Gesetze bestimmt, es darf nichts tun, was nicht auch nach deutschem Recht in seinen Geschäftskreis fiele. Deshalb darf es auch das ausländische Recht nur innerhalb der ihm durch die einheimischen Gesetze gesteckten Zuständigkeitsrahmen anwenden. Verlangt also das ausländische Recht eine Tätigkeit, zu deren Vornahme das deutsche Gericht nach seinem Recht nicht befugt ist, so muß es seine Hilfe versagen.“

²³⁾ *Rabel*, a. a. O. S. 323.

²⁴⁾ *Rabel*, a. a. O. S. 314.

²⁵⁾ *Luther*, „Die Pflegekindschaft des italienischen Rechts und ihre Behandlung im Internationalen Privatrecht“, *RabelsZ* 1958 S. 764 ff (Festgabe für Alexander Makarov) S. 787.

²⁶⁾ *Frankenstein*, Bd. III, a. a. O. S. 16.

Auch hat *Beitzke*²⁷ auf die nahe Verwandtschaft einer Zweckmäßigkeitprüfung zur vormundschaftlichen Genehmigung hingewiesen.

Man kann auch davon ausgehen, daß italienische Gerichte im Delibationsverfahren Adoptionen, bei denen deutsche Gerichte eine Zweckmäßigkeitprüfung nach italienischem Recht vorgenommen haben, anerkennen werden, da gerade deren Fehlen schon zur Nichtanerkennung geführt hat.

Eine ausschließliche Zuständigkeit für Adoptionen seitens italienischer Staatsangehöriger nehmen die italienischen Gerichte nicht in Anspruch²⁸). Dies ergibt sich auch aus dem Vorhandensein von art. 801 C. d. pr. c.

Deutsche Gerichte können somit, wenn Adoptionsstatut italienisches Recht ist, Zweckmäßigkeitserwägungen im Sinne des art. 312 C. c. anstellen und dann den Adoptionsvertrag bestätigen.

V Die Anerkennung deutscher Adoptionen in Italien²⁹)

Die Anerkennung von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschieht in Italien im Delibationsverfahren, auf das analog die Vorschriften über die Anerkennung von Urteilen der streitigen Gerichtsbarkeit, soweit angewend-

²⁷) *Beitzke*, „Adoptionen ins Ausland“, StAZ 1948, S. 54 ff;

²⁸) Appell. Napoli 23. 11. 1957 in Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers. 1958 S. 636: „E consentito al cittadino italiano di accettare la giurisdizione straniera in aggiunta alla giurisdizione italiana senza escludere questa.“
Cansacchi, „Riconoscimento in Italia di una adozione svizzera“, in Foro Padano 1950 I, S. 517 ff, S. 520: „Nel nostro ordinamento giuridico non si riscontra alcuna disposizione che riservi all'esclusiva giurisdizione italiana (contenziosa o volontaria) i rapporti intercorrenti fra cittadini italiani: quindi nessun impedimento alla deliberazione poteva sorgere dal fatto che adottanti e adottata fossero di nazionalità italiana.“

²⁹) Siehe hierzu:

Scerni, „Atto di adozione compiuto all'estero e giudizio di deliberazione“, Riv. di dir. intern. 1930, S. 254;

Sereni, „Il giudizio di deliberazione e i provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria“, in Riv. di dir. intern. 1932, S. 509 ff;

Sereni, „Sulle condizioni di efficacia in Italia di un provvedimento straniero di adozione“, Giur. comp. di dir. intern. pr. I (1937) S. 373 ff;

Ziccardi, „Sul riconoscimento di atti di volontaria giurisdizione in materia di adozione“, in Giur. it. 1947 I, 2, S. 199 ff;

Bartolomei, „Adozione all'estero e deliberazione in Italia“ in Foro it. 1949 I, S. 603 ff;

Cansacchi, „Riconoscimento in Italia di una adozione svizzera“ in Foro Padano, 1950 I, S. 517 ff;

Monaco, „Il riconoscimento in Italia delle adozioni all'estero“ Giur. it. 1950 I, 2, S. 189 ff;

Bolla, „L'adozione svizzera non è contraria all'ordine pubblico italiano“, in Ius Gentium 1951, S. 21 ff;

Giuliano, „Sull'idoneità di provvedimenti stranieri in tema di adozione a conseguire efficacia in Italia“ in Temi 1951, S. 119 ff;

bar, angewandt werden (art. 801 C. d. pr. c.). Nach allgemeiner Auffassung sind es die art. 797 Ziffer 1 und 7, die einer entsprechenden Anwendung fähig sind³⁰⁾.

Eine Strömung in der Doktrin hält daneben das Wirksamwerden ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Italien auch ohne Delibationsverfahren für möglich, wenn die Akte rechtsgültig nach dem Rechte zustande gekommen sind, das nach italienischem IPR zur Regelung berufen ist³¹⁾. Dies ist für die Adoption geltend gemacht worden, wenn die ausländischen Gerichte den Adoptionsvertrag nur bestätigen, wenn also das eigentliche konstitutive Element der erklärte Wille der Parteien ist³²⁾. Gegen diese Theorie hat Monaco³³⁾ eingewandt, daß es unmöglich sei, zu ermitteln, ob die konstitutive Wirkung von dem privaten Rechtsgeschäft oder von der gerichtlichen Bestätigung herrühre. Ziccardi³⁴⁾ will die beiden Rechtsakte getrennt behandeln; ein Delibationsverfahren hält er nur für die

Cansacchi, „Adozione estera ed ordine interno pubblico“, Giur. it. 1955 I, 2, S. 637 ff;

Pau, „Il limite dell'ordine pubblico rispetto all'efficacia in Italia di un provvedimento di adozione“, Riv. di dir. intern. 1956, S. 201 ff;

Biscottini, „I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione e la loro efficacia in Italia“ in Ius 1956 S. 244—252;

Salvi, „Adozione (diritto internazionale privato)“ in Novissimo Digesto Italiano Torino 1957 I, S. 302—303;

De Nova, „Considerazioni comparative sull'adozione in diritto internazionale privato“ RabelsZ 1958, S. 730 ff;

De Nova, „Adozione . . .“, a. a. O.; Socini, a. a. O. S. 180;

³⁰⁾ Morelli, „Diritto internazionale processuale civile“, 4. Band der 2. Abt. des Trattato di Diritto Internazionale (Balladore-Pallieri, Morelli, Quadri), Padova 1954, S. 352; Bartolomei, a. a. O. S. 606; Biscottini, a. a. O. S. 247 ff.

³¹⁾ Morelli, „Diritto internazionale processuale civile“, a. a. O. S. 353; vgl. auch De Nova, „Considerazioni . . .“, a. a. O. S. 737 ff; Scerni, a. a. O. 255/56: „Un negozio giuridico compiuto all'estero produce immediatamente in Italia tutti gli effetti giuridici, che ad esso annette la legge che gli è applicabile secondo i principi di diritto internazionale privato italiano.“ Dies ist vor der Einführung des art. 801 C. d. pr. c. geschrieben, wird aber von einem Teil der Doktrin neben der Delibation für möglich gehalten. Biscottini (a. a. O. S. 247) ist der Auffassung, daß art. 801 C. d. pr. c. nur dann angewandt werden solle, wenn die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit von einem anderen Staat ergangen seien, als von dem, dessen Normen das italienische IPR zur Regelung berufe.

³²⁾ Bartolomei, a. a. O. S. 603—606; siehe auch die Anmerkung von Morelli zur Entscheidung des Trib. Torino vom 28. 11. 1938 in Foro it. 1939 I, S. 600 (deutsches Recht). Der gerichtlichen Bestätigung des deutschen Rechts kommt aber eine konstitutive Bedeutung zu. Die Adoption wirkt, vom Fall des Todes des Annehmenden abgesehen, nicht zurück, sondern entfaltet ihre Wirkungen erst mit dem Zeitpunkt der gerichtlichen Bestätigung.

³³⁾ Monaco, „Il riconoscimento . . .“, a. a. O. S. 189 Anm. 1.

³⁴⁾ Ziccardi, a. a. O. S. 204.

gerichtliche Bestätigung notwendig. *Cansacchi*³⁵⁾ sieht die Adoption als eine Einheit. Dieser Streit ist aber von der Praxis nicht beachtet worden³⁶⁾, die uneingeschränkt auf ausländische Adoption bei der Frage der Anerkennung in Italien das Delibationsverfahren anwendet.

Hier ist es insbesondere immer wieder art. 797 C. d. pr. c. (mit art. 801 C. d. pr. c.), der herangezogen wird, um, gestützt auf den *ordine pubblico*, der ausländischen Adoption die Anerkennung und damit die Wirksamkeit in Italien zu versagen.

Probleme tauchen hier auf, wenn italienische Kinder durch Deutsche adoptiert werden. Adoptionsstatut ist hier deutsches Recht, somit nehmen wir, abgesehen von § 1754 II BGB, keine Zweckmäßigkeitprüfung vor. Eine Entscheidung des Appellationsgerichts Milano³⁷⁾, die einem ähnlich gelagerten Fall im schweizer Recht die Delibation aus diesem Grunde verweigerte, ist von der Doktrin bekämpft worden. *Bolla*³⁸⁾ hat insbesondere darauf hingewiesen, daß in anderen Rechten das Rechtsordnungs-, das Schutz- (vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) und das Kontrollverfahren getrennt seien. Die Entscheidung hat, soweit ersichtlich, keine Nachfolge gefunden.

Dagegen verstößt eine Adoption, bei der das Mindestalter des Annehmenden von 40 Jahren, bis zu dem im italienischen Recht Befreiung gewährt werden kann, unterschritten wurde³⁹⁾, sowie eine Verletzung des Gebots der Altersdifferenz von 18 (16) Jahren⁴⁰⁾ gegen den italienischen *ordre*

³⁵⁾ *Cansacchi*, „Riconoscimento...“, a. a. O. S. 519; „... indissolubilità fra il negozio privato e l'atto del giudice...“

³⁶⁾ Siehe die bei *Monaco*, „Il riconoscimento...“, a. a. O. angegebenen Entscheidungen.

³⁷⁾ Beschluß des Appell. Milano vom 6. 2. 1950 in *Ius Gentium* 1950 S. 153 (schweizer Recht) und in derselben Sache Appell. Milano vom 20. 2. 1950 in *Temi* 1951 S. 119 ff, *Foro Padano* 1950, I, S. 516 ff. Zustimmend *Giuliani*, a. a. O.; a. A. *Cansacchi*, „Riconoscimento...“, a. a. O. sowie die a. gl. O. S. 521 Anm. 17 angegebene Literatur.

³⁸⁾ *Bolla*, a. a. O. S. 21.

³⁹⁾ *De Nova*, „Adozione...“, a. a. O. S. 602; Appell. Brescia 11. 12. 1954 in *Giur. it.* 1955 I, 2, S. 637 (*Journal de droit international* 1956 S. 996 und *International and Comparative Law Quarterly* 1956 S. 614 ff). Es handelt sich um die Adoption eines italienischen Kindes durch Eheleute, die Angehörige des nordamerikanischen Staates Alabama waren, vor einem Gericht in Eritrea. Siehe auch Appell. Napoli 23. 11. 1957 in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958, S. 636 (spanisches Recht); a. A. *Cansacchi*, „Adozione...“, a. a. O. S. 638; *Pau*, a. a. O. S. 209; *Socini*, a. a. O. S. 180.

⁴⁰⁾ *Bartolomei*, a. a. O. S. 607; *De Nova*, „Adozione...“, a. a. O. S. 602 (16 J.); a. A. Appell. Napoli 1. 2. 1949 in *Foro it.* 1949 I, S. 603 (französisches Recht) auch in *Giur. it.* 1950 I, 2, S. 188 ff (als Entsch. vom 31. 1. 1949) mit zustimmender Anmerkung von *Monaco* a. gl. O. *Socini*, a. a. O. S. 180, Anm. 80 hält „alcuni anni più anziani“ mit dem *ordre public* vereinbar; so auch *Pau*, a. a. O. S. 204, Anm. 2.

public. Hieraus könnte sich eine hinkende Adoption ergeben. Denken wir an einen 35jährigen Deutschen, der ein italienisches Kind adoptiert. Adoptionsstatut ist deutsches Recht. Nach § 1745 BGB ist unbeschränkte Befreiung vom Alterserfordernis von 50 Jahren möglich.

Auch die Nichtbeachtung des Adoptionsverbots hinsichtlich eigener unehelicher Kinder des Annehmenden kann zu einer Nichtanerkennung der Adoption durch Italien führen ⁴¹⁾.

⁴¹⁾ *Socini*, a. a. O. S. 180.

Zehntes Kapitel

Die Pflegekindschaft (*L'affiliazione*)

I Das italienische materielle Recht ¹⁾

Die italienische Rechtsordnung ist die einzige, die die Pflegekindschaft in den rechtlichen Einzelheiten ausgebildet und kodifiziert hat. Sie folgte darin einem dringenden Bedürfnis. *Salvi*²⁾ spricht (1946) von 200 000 Kindern, deren Eltern sie entweder nicht aufziehen wollen oder nicht aufziehen können.

Über das Wesen oder die juristische Natur der „*affiliazione*“ streitet man sich³⁾, und es hat an poetischen Umschreibungen nicht gefehlt, den „Mischcharakter“ (*Luther*) dieses Rechtsinstituts darzustellen. *Barassi*⁴⁾ spricht von dem Ring, der Adoption und Vormundschaft verbindet („l'anello di congiunzione tra l'adozione e la tutela“); *Socini*⁵⁾ nennt die Pflegekindschaft den Schatten der Adoption. Sie hat keine Vorbilder im klassischen Recht. *Salvi*⁶⁾ bezeichnet sie als „geboren aus den nicht ganz klaren Wellen einer modernen Kompilation“.

Die wesentlichen Eigenschaften ergeben sich vielleicht am besten bei einem Vergleich mit verwandten Rechtsinstituten.

¹⁾ Siehe hierzu: *Grassetti-Cattaneo*, „*L'affiliazione*“, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1957 Bd. I, S. 365 ff; *Ruperto*, „*L'affiliazione*“ (b) diritto civile, in *Enciclopedia del diritto* Bd. I, Milano 1958 S. 673; *Marina*, „*L'istituto della affiliazione*“, Firenze 1947; *Salvi*, „*L'affiliazione*“, Milano 1946; *Ruini*, „*L'affiliazione nel diritto internazionale privato*“, *Rivista di diritto civile* 1958 S. 146 ff (kurze Zusammenfassung des sehr instruktiven Artikels in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1958 S. 446–448); *Luther*, „Die Pflegekindschaft des italienischen Rechts und ihre Behandlung im Internationalen Privatrecht“, *RebelsZ* 1958 (Festgabe für *Alexander Makorov*) S. 764 ff.

²⁾ *Salvi*, a. a. O. S. 2.

³⁾ Siehe hierzu *Bevilacqua*, „*Sulla natura giuridica dell'affiliazione*“, *Giur. it.* 1941 IV S. 145 ff; *Grassetti*, „*La struttura giuridica della affiliazione*“ in *Studi Parmensi* 1950, S. 505 ff.

⁴⁾ Zitiert nach *Ruini*, a. a. O. S. 158, Anm. 28.

⁵⁾ *Socini*, a. a. O. S. 184, Anm. 100.

⁶⁾ *Salvi*, a. a. O. S. 23: „... nata dalle onde non del tutto limpide di una compilazione moderna...“.

1. „affiliazione“ und „adozione“⁷⁾

Der Zweck der affiliazione ist allein der Schutz Minderjähriger, verlassener Kinder, während die Adoption als „imitatio naturae“ das Erlöschen der Familie verhindern und das Überleben des Namens sichern soll. Aus diesen verschiedenen Telos der einzelnen Rechtsinstitute ergeben sich die wesentlichen Unterschiede:

- a) Das Pflegekind hat zum Unterschied zum Adoptivkind kein Erbrecht.
- b) Es besteht kein wechselseitiges „diritto alimentare“. Für die Dauer der affiliazione besteht eine Unterhaltungspflicht des Pflegevaters nach art. 409 II C. c.
- c) Die „affiliazione“ wird vom Vormundschaftsgericht, die „adozione“ vom Appellationsgericht ausgesprochen.
- d) Aus dem Telos der „imitatio naturae“ ergeben sich bei der Adoption die Erfordernisse des Altersunterschiedes und des Alters des Annehmenden, hinsichtlich derer bei der affiliazione keine Grenzen gesetzt sind. Es ist lediglich für das Pflegekind ein Alter unter 18 Jahren vorgeschrieben.
- e) Die Adoption ist auf der Passivseite nicht eingeschränkt, während als Pflegekinder nur Kinder angenommen werden können, bei denen gewisse Bedürfnisvoraussetzungen vorliegen (art. 401 C. c.).
- f) Die Pflegekindschaft kommt erst zustande, wenn das Kind bereits drei Jahre in der Familie des Annehmenden gelebt hat.
- g) Die Pflegekindschaft kommt durch die Willenserklärung des Annehmenden, nicht durch Vertrag zustande.
- h) Der Widerruf der Pflegekindschaft ist erleichtert (art. 410 C. c.).

2. Vormundschaft und affiliazione

Beide Institute dienen dem Schutz der Minderjährigen. Folgende Unterschiede sind jedoch festzustellen:

- a) Die affiliazione wird vom Vormundschaftsgericht auf freiwilligen Antrag des Annehmenden hin erklärt. Die Vormundschaft dagegen wird von Amts wegen bestellt, wenn in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen eine Bestellung eines Vormundes notwendig wird.
- b) Die Vormundschaft hat ihren Zweck erfüllt, wenn das Kind volljährig ist, die affiliazione bleibt weiterhin bestehen.

⁷⁾ *Salvi. a. a. O.* S. 23 ff.

3. Der Pflegekindschaftsstatus

Die affiliazione ist also ein Rechtsinstitut „sui generis“. „Hiermit verneint man, daß die affiliazione als quasi-familienrechtliche Beziehung betrachtet werden kann, oder als eine Art Vormundschaft, oder als eine Sonderart („particolare figura“) der Adoption.

Nicht eine quasi-familienrechtliche Beziehung, weil die Familie (die legitime, die natürliche und die adoptive) besteht oder nicht besteht: tertium non datur. Nicht als eine Art Vormundschaft, weil die Vormundschaft ihrem Wesen („essenza“) familienrechtliche obligatorische Gewalt ist. Nicht, zum Schluß, eine Art Adoption, weil die Adoption nur Privat- und Individualinteressen dient, während die affiliazione Schutzinteressen verfolgt, die öffentlicher Natur sind“ (*Bevilacqua*)⁸⁾. Diese Schutzinteressen bedingen auch die leichte Widerrufbarkeit der affiliazione sowie deren Erlöschen („estinzione“) (art. 401/411 C. c.), wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist oder in einer anderen Weise besser für es gesorgt wird. So kann das Vormundschaftsgericht die affiliazione für erloschen erklären⁹⁾, wenn der natürliche Vater die elterliche Gewalt erlangt¹⁰⁾. Dies gibt der elterlichen Gewalt des Pflegevaters einen provisorischen Charakter¹¹⁾.

Die Begründung eines Pflegekindschaftsverhältnisses hat neben der Entstehung der Unterhaltungspflicht und der Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Pflegevater noch folgende Wirkungen:

- a) Es wird ein Eheverbot zwischen den Beteiligten begründet (art. 87 II in Verb. mit art. 87 I Ziffern 6, 7, 8 C. c.).
- b) Art. 1023 C. c. gewährt dem Pflegekind das Recht auf Wohnung im Familienhaus.
- c) Art. 1916 C. c. zählt im Versicherungsrecht die affiliati unter den Familienmitgliedern auf. Hat ein Pflegekind einen Schaden verursacht, geht bei Zahlung der Schadenssumme durch den Pflegevater der Anspruch des versicherten Gläubigers nicht auf den Pflegevater über.

⁸⁾ *Bevilacqua*, a. a. O. S. 154.

⁹⁾ Zu beachten ist art. 411 III C. c., der durch Gesetz vom 9. 11. 1955 neu eingeführt wurde, wonach das Vormundschaftsgericht ohne „gravi e fondati motivi“ bei einem Anerkenntnis seitens des natürlichen Vaters nicht ohne Zustimmung des Pflegevaters die Pflegekindschaft für erloschen erklären kann.

¹⁰⁾ Durch eine Anerkenntnis geht die elterliche Gewalt auf den Anerkennenden über (art. 260 I C. c.). Um hier vor Willkür zu schützen, hat die italienische Rechtsprechung den Pflegevater unter die Personen eingereiht, die nach art. 263 I C. c. aktivlegitimiert sind, das Anerkenntnis anzufechten (vgl. den dritten Leitsatz von Trib. Trapani, 26. 11. 1949 in *Giurisprudenza Siciliana* 1950 II, S. 147).

¹¹⁾ *Grassetti-Cattaneo*, a. a. O. S. 367.

- d) Art. 2048 I Satz 2 C. c. macht die Pflegeeltern auch für den Schaden verantwortlich, den Pflegekinder verursacht haben.
- e) In art. 247 C. d. pr. c. findet sich ein Zeugnisverbot im Zivilprozeß.
- f) In einem Prozeß eines Pflegekindes muß der Richter, wenn er Pflegevater ist, sich dem Pflegekinde gegenüber jeder Amtshandlung enthalten. Die Pflegekindschaft gibt ein Recht zur Richterablehnung (art. 51 Ziffer 2 und art. 52 C. d. pr. c.).

Die Summe dieser Rechtsbeziehungen ergeben den Status eines Pflegekindes¹²⁾.

II Die affiliazione im IPR¹³⁾

Weder das italienische noch das deutsche IPR enthalten expressis verbis eine Kollisionsnorm für die Pflegekindschaft. So ist es nützlich, zu sehen, wie die italienische Doktrin und Rechtsprechung das Problem gelöst hat.

In der Lehre hat man versucht, durch Analogien zur Adoption¹⁴⁾ oder zu den Institutionen des Minderjährigenschutzes¹⁵⁾ eine Kollisionsnorm für die affiliazione zu finden. Die Entscheidung des Tribunalgerichts Milano vom 13. 2. 1956¹⁶⁾ ist der letzteren Theorie gefolgt und hat somit über art. 21 disp. pr. das Heimatrecht des Kindes angewandt.

Diejenigen, die die Analogie zur Adoption befürworten, spalten sich wieder in zwei Richtungen, je nachdem, ob sie bei der Begründung der Adoption bzw. Pflegekindschaft die Heimatrechte beider Beteiligten anwenden wollen. *Ruini*¹⁷⁾ hat hierbei auf die Tatsachen aufmerksam gemacht, daß der „cumulo“ bei der affiliazione nicht zu einem brauchbaren Ergebnis führen kann; er macht eine Anwendung des italienischen Pflegekindschaftsrechts unmöglich, wenn auch nur ein Beteiligter Ausländer ist, da anderen Rechtsordnungen dieses Rechtsinstitut fremd ist.

¹²⁾ So *Luther*, a. a. O. S. 770; *Grassetti-Cattaneo*, a. a. O. S. 368; *Ruperto*, a. a. O. S. 687; „Stato di affiliato“; siehe auch *Sgroi*: „Sulla qualifica dello stato derivante del rapporto di affiliazione“, in *Giustizia civile* 1957 I, S. 126.

¹³⁾ Vgl. *Luther*, a. a. O. passim.

¹⁴⁾ *Socini*, a. a. O. S. 184/185, *Ruini*, a. a. O. S. 164 ff.

¹⁵⁾ *Morelli*, a. a. O. S. 91 Anm. 11; *Betti*, „Problematica...“, a. a. O. S. 450; *Marina*, a. a. O. S. 63; *Ruperto*, a. a. O. S. 679.

¹⁶⁾ *Monitore dei Tribunali*, 1956, S. 18.

¹⁷⁾ Vgl. *Ruini*, a. a. O. S. 169, 190.

*Socini*¹⁸⁾, der das Heimatrecht des Annehmenden anwenden will, und andere weisen darauf hin, daß man bei der Anwendung des Heimatrechts des Kindes zu dem Ergebnis käme, daß Italiener keine ausländischen Kinder als Pflegekinder annehmen könnten. Hierzu ist zu sagen, daß der italienische Gesetzgeber in erster Linie wohl den Schutz italienischer Kinder im Auge hatte; eine analoge Anwendung der internationalprivatrechtlichen Vorschriften über die Adoption würde der Annahme italienischer Pflegekinder durch Ausländer entgegenstehen, was wohl für die italienische Rechtsordnung das weniger wünschenswerte Ergebnis ist.

Die Annahme ausländischer Kinder im Wege der *affiliazione* durch italienische Eltern ist nach der Ansicht des Tribunalgerichts Milano nicht möglich. *Betti*¹⁹⁾ möchte hier mit einer extensiven Auslegung der ausländischen Vorschriften, notfalls mit der *lex fori* (italienisches Recht) helfen. *Ruini*²⁰⁾ schlägt eine Anwendung der italienischen Vorschriften über den *ordre public* vor. Eine Rechtsordnung, die die *affiliazione* nicht kennt, verstößt gegen den italienischen *ordre public*, worauf diese Lücke mit italienischem Recht zu füllen ist²¹⁾. Welchen Einfluß diese Lehren in der Praxis haben werden, bleibt abzuwarten.

In der deutschen Lehre hat *Raape*²²⁾ bei der Pflegekindschaft des holländischen Rechts die Anwendung des Heimatrechts des Kindes befürwortet. Begründet hat dies *Raape* mit der Tatsache, daß die Pflegekindschaft dem Kinde dient. *Luther*²³⁾ will auch auf die *affiliazione* das Recht des Kindes anwenden. Dem ist voll zuzustimmen.

Die Pflegekindschaft hat den alleinigen Zweck, von ihren Eltern verlassene oder bedürftige Kinder zu schützen. Einen gewissen Anhaltspunkt für die Anwendung des Heimatrechts des Kindes gibt uns auch Art. 23 EGBGB, der auf dem Grundsatz aufgebaut ist, daß die Vormundschaft, die ja auch den Schutzinteressen des Kindes dient, sich nach dem Heimatrecht des Mündels bestimmen soll.

Wir haben gesehen, daß die italienische Rechtsprechung der Auffassung zuneigt, das Heimatrecht des Kindes anzuwenden. Die Befolgung des gleichen Grundsatzes im deutschen IPR bringt es mit sich, daß „hinkende“ Pflegekindschaftsverhältnisse vermieden werden.

¹⁸⁾ *Socini*, a. a. O. S. 184/185; vgl. auch *Ruini*, a. a. O. S. 161.

¹⁹⁾ *Betti*, a. a. O. S. 450.

²⁰⁾ *Ruini*, a. a. O. S. 207.

²¹⁾ Dies ist eine Anwendung der Lehre Morellis zur *separazione personale* für Ausländer in Italien, deren Heimatrecht nur die Scheidung kennt, auf die *affiliazione*.

²²⁾ *Staudinger-Raape*, a. a. O. S. 601.

²³⁾ *Luther*, a. a. O. S. 786; idem, *Rabelst* 1961, S. 185; *Neuhaus*, a. gl. O. S. 187.

III Die Pflegekindschaft des italienischen Rechts in Deutschland

1. Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Da das Statut für die *affiliazione* das Heimatrecht des Kindes ist, kann eine Pflegekindschaft nur begründet werden, wenn das Kind die italienische Staatsangehörigkeit besitzt.

Das Hauptproblem ist hierbei die Zuständigkeit der deutschen Gerichte. Es ergeben sich Schwierigkeiten dadurch, daß das Verfahren im italienischen Recht zwei verschiedenen Gerichten übertragen ist. In einem ersten Teil des Verfahrens wird der Antrag auf Begründung eines Pflegekindschaftsverhältnisses bei dem Vormundschaftsgericht gestellt, das diesen Antrag in Form eines Beschlusses negativ oder positiv vorbescheidet. Diesem Beschluß kommt, wenn er die *affiliazione* ausspricht, konstitutive Bedeutung zu. Er bedarf aber noch der Bestätigung des „*tribunale per i minorenni*“ (art. 406 III C. c. mit art. 39 disp. att.), ist also aufschiebend bedingt. Dieses muß den Staatsanwalt vorher hören, ist aber an dessen Bedenken nicht gebunden. Erst mit der Bestätigung („*omologazione*“) entfaltet der Beschluß des Vormundschaftsgerichts seine volle Wirkung.

Das Vormundschaftsgericht hat alle Zweckmäßigkeitserwägungen vorzunehmen (art. 406 I C. c.), das „*tribunale per i minorenni*“ übt bloße Kontrollfunktionen aus.

Die Trennung des Verfahrens im italienischen Recht hindert nicht, daß das deutsche Gericht beide Funktionen wahrnehmen kann²⁴⁾. Die Bestätigung oder Kontrollfunktion ist bei der Adoption eine dem Vormundschaftsgericht hinlänglich bekannte Aufgabe. Für die Zweckmäßigkeitsprüfung gilt das bei der Adoption Gesagte.

Somit kann im Interesse des Internationalen Rechtsverkehrs das deutsche Vormundschaftsgericht für italienische Kinder, die in Deutschland wohnen, Pflegekindschaftsverhältnisse nach italienischem Recht begründen.

2. Umstrittene Fragen des materiellen Rechts²⁵⁾

Der deutsche Richter kann bei der Kontrolle der Voraussetzungen der *affiliazione* mit einigen Problemen konfrontiert werden, für die eine umfangreiche Rechtsprechung und die Lehre sich vergeblich bemüht haben, eine einheitliche Lösung zu finden.

²⁴⁾ So *Luther*, a. a. O. S. 788.

²⁵⁾ Vgl. *Luther*, a. a. O. S. 768 ff.

a) Die *affiliazione* nicht anerkennungsfähiger Ehebruchskinder durch den Erzeuger

Im Gesetz findet sich kein Verbot der *affiliazione* von Ehebruchskindern ²⁶⁾.

Trotzdem ist hierüber eine heftige Diskussion entbrannt ²⁷⁾. Das Nebeneinander zweier Unterhaltsansprüche (art. 279 und art. 409 II C. c.), der scheinbare Widerspruch, der in einer *affiliazione* von Kindern, deren Eltern nicht für sie sorgen können, gerade durch die eigenen Eltern liegt, haben eine starke Meinung begründet, die die *affiliazione* von nicht anerkennungsfähigen Kindern ablehnt. Hiergegen hat *Salvi* eingewandt ²⁸⁾, daß es sich um Probleme der Zweckmäßigkeit handele, die mit der Rechtsfrage nichts zu tun haben. Aber auch er lehnt die *affiliazione* der nicht anerkennungsfähigen Ehebruchskinder ab, weil sie „ein Attentat auf die Integrität der legitimen Familie“ darstelle. Dies wird von *Grassetti* ²⁹⁾ gerade verneint, auch unter Hinweis auf die Tatsache, daß ja das Kind schon drei Jahre in der Familie gelebt haben muß.

Die besondere Schwierigkeit des Problems besteht darin, daß aus sozialen Anschauungen ein Rechtssatz zu gewinnen ist. Ob der Status eines Pflegekindes mit der Stellung eines Ehebruchskindes, wie sie die italienische Rechtsordnung im allgemeinen anstrebt, vereinbar ist, ist letzten Endes nicht klar zu beantworten. Will man den Schutz der legitimen Familie in jedem Fall aufrechterhalten, wird man die *affiliazione* nicht anerkennungsfähiger Kinder *adulterini* verneinen, denkt man an den Zweck der *affiliazione*, wird man aus dem Schweigen des Gesetzes eine dem Kinde günstige Lösung herauslesen. Wie oft im italienischen Recht wird also eine Rechtsfrage durch moralisch-ethische Erwägungen zu klären versucht.

Wie hat sich der deutsche Richter zu verhalten? Eine klare Linie in der Rechtsprechung und Doktrin fehlt. Sollten alle anderen Voraussetzungen vorliegen, also das Kind auch bereits drei Jahre in der Familie eingegliedert sein, wird er eine Pflegekindschaft aussprechen können. Er kann sich hierbei auf das Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung („*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*“) im italienischen Recht und auf einen großen Teil der Rechtsprechung berufen. Dieses Ergebnis entspricht auch unseren Moralanschauungen.

²⁶⁾ Daß es sich um Ehebruchskinder handelt, muß in einer der Formen des art. 279 C. c. feststehen; andernfalls handelt es sich um *ignoti*, die ohne weiteres als Pflegekinder angenommen werden können.

²⁷⁾ Siehe eine nahezu vollständige Literaturübersicht bei *Grassetti-Cattaneo*, a. a. O. S. 369, Anm. 8; neueste Entscheidungen für die Möglichkeit der *affiliazione* von nicht anerkennungsfähigen Ehebruchs-Kindern: Appell. Venezia, 13. 5. 1958, Foro it. 1959 I, S. 487; Pretura Marcanise 31. 1. 1958 in Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers. 1958, S. 638; Pretura Grosseto, 30. 3. 1957 in Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers. 1958, S. 500; a. A. Appell. Messina, 30. 1. 1958 Foro it. 1958 I, S. 1538; Pretura Pordenone, 15. 1. 1957 Foro it. 1957 I, S. 724.

²⁸⁾ *Salvi*, a. a. O. S. 69–72; so auch *Marina*, a. a. O. S. 68.

²⁹⁾ *Grassetti-Cattaneo*, a. a. O. S. 369/370.

b) Die notwendigen Einwilligungen

Entgegen den Vorschriften bei der Adoption ist im italienischen Pflegekindschaftsrecht eine Zustimmung der natürlichen Eltern des Pflegekindes nicht erforderlich ³⁰⁾.

Eine Einwilligung des Ehegatten des Annehmenden muß vorliegen (art. 405 C. c.). „Gravi motivi“ oder das Vorliegen einer „separazione personale“ berechtigen den Vormundschaftsrichter, auch ohne Einwilligung die affiliazione auszusprechen. Ob die „separazione di fatto“ einer gerichtlich ausgesprochenen oder bestätigten Trennung gleichzustellen ist, ist bestritten ³¹⁾.

³⁰⁾ Eine Mindermeinung (*Salvi*, a. a. O. S. 60) hält jedenfalls bei solchen Kindern, die von der Mutter anerkannt sind, deren Zustimmung für notwendig; dagegen *Luther*, a. a. O. S. 773.

³¹⁾ Vgl. die ausführliche Darstellung der Streitfrage bei *Palmieri*, „Studi in tema di affiliazione“, in *Riv. di dir. matr. e d. st. d. pers.* 1959, S. 303 ff.

Literaturverzeichnis

Folgende Werke werden in allen zehn Kapiteln der Arbeit nur mit dem Namen des Verfassers und dem Zusatz a. a. O. zitiert. Die übrigen Literaturzitate finden sich in den Textanmerkungen.

Balladore-Pallieri: „Diritto internazionale privato“, 2. Aufl., Milano 1950.

Cicu: „La filiazione“, 2. durchgesehener Neudruck der zweiten Aufl., Torino 1958.

Gangi: „Il matrimonio“, 1. Aufl. Milano 1945, 2. Aufl. 1953 (die erste Aufl. wird mit dem Zusatz 1945 zitiert).

Frankenstein: „Internationales Privatrecht“, Bd. III, Berlin-Grunewald 1934; Bd. IV, Berlin-Grunewald 1935.

Jemolo: „Il matrimonio“, 3. Aufl. Torino 1957.

Lewald: „Das deutsche Internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung“, Leipzig 1931.

Monaco: „L'efficacia della legge nello spazio (diritto internazionale privato)“ volume primo, tomo quarto des Trattato di diritto civile italiano, herausgegeben von Vassalli, Torino 1952.

Morelli: „Elementi di diritto internazionale privato italiano“, Napoli 1957.

Raape: „Internationales Privatrecht“, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt a. M. 1955.

Riezler: „Internationales Zivilprozeßrecht“, Tübingen 1949.

Staudinger-Raape: „Kommentar zum Einführungsgesetz“ 2. Teil (Internationales Privatrecht), 9. neubearbeitete Aufl., München, Berlin, Leipzig 1931.

Soergel-Kegel: „Kommentar zum Einführungsgesetz“, Stuttgart, Köln 1955.

Martin Wolff: „Das Internationale Privatrecht Deutschlands“, 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1954.

Lebenslauf

Am 8. Juni 1934 wurde ich in Montreal (Kanada) als Sohn des Dr.-Ing. Georg Jayme und seiner Ehefrau Hjördis, geb. Roseth, geboren. 1936 folgte mein Vater einem Ruf an die TH Darmstadt auf den Lehrstuhl für Cellulosechemie.

Ostern 1940 trat ich in die Knabenarbeitsschule Darmstadt ein, wo ich bis zum Herbst 1943 die Grundschule besuchte. Die Jahre 1943 bis 1945 verbrachte ich bei Verwandten in Rimbach (Oberhessen), wo ich auch die Grundschule besuchte. Herbst 1944 trat ich in das Staatliche Gymnasium für Jungen in Hersfeld ein. Im Oktober 1945 zog ich wieder zu meinen Eltern nach Darmstadt und besuchte von dieser Zeit an das humanistische Ludwig-Georgs-Gymnasium Darmstadt. Die Reifeprüfung bestand ich im Frühjahr 1954.

Im Sommer 1954 schrieb ich mich an der juristischen Fakultät der Universität Frankfurt am Main ein, wo ich drei Semester studierte. Seit dem Wintersemester 1955/56 studierte ich an der juristischen und der philosophischen Fakultät der Universität München. An der juristischen Fakultät nahm ich an den Seminaren von Herrn Professor Dr. Berber und Herrn Professor Dr. Ferid, an der philosophischen Fakultät an Seminaren von Herrn Professor Dr. Sedlmayr und Herrn Professor Dr. Acht teil.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 31. Juli 1958 an der Universität München. An der Universität von Dijon und der Ausländeruniversität in Perugia besuchte ich internationale Ferienkurse. Von Dezember 1958 an studierte ich acht Monate als Stipendiat des italienischen Außenministeriums bei Herrn Professor De Nova an der Universität Pavia.

